<36602027750017

<36602027750017

Bayer. Staatsbibliothek

Civilistisches Magazin

vom

Geheimen Justiz Rath Ritter Hugo

in Göttingen.

Erster Band.

Vierte, abgekürzte Ausgabe.

Berlin,

bey August Mylius 1823.

192. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede

zur zweyten Ausgabe.

Das Bedürfniß, von der gegenwärtigen Sammlung civilistischer Aufsätze vollständige Exemplare in den Buchhandel zu bringen, hat den Herausgeber in eine Ver-

Verlegenheit gesetzt, in welcher er sich noch nie befunden hatte. Seine bisherige Sitte, statt einer neuen Auflage, ein neues Buch zu schreiben, konnte er hier nicht befolgen, wenn er die Besitzer der ersten Auflage nicht in Versuchung führen wollte, sich auch diese zweyte anzuschaffen, und also die ersten Hefte doppelt zu bezahlen. Dies ist auch der Grund, warum er eigentlich gar keinen erheblichen Zusatz gemacht hat; in einem der folgenden Hefte mag etwa eine Revision auch von diesen folgen.

Auf der andern Seite war ein unveränderter Abdruck von manchen Auf-

sätzen, die höchstens für die Zeit, wo sie zuerst erschienen, einiges Interesse hatten, wenigstens überflüssig. Wer wird jetzt noch von systematischen Vorträgen über das Römische Recht, oder von der innern Rechtsgeschichte, oder von Deutschen Compendien eine Vertheidigung, als etwas neues, lesen wollen? Die methodologischen Artikel sind alle weggelassen worden, so weit sie von dem Herausgeber selbst herrührten. Dadurch und durch das Ausschießen alles dessen, was aus andern Büchern bloß abgedruckt war, oder was Polemik gegen einen Einzelnen scheinen konnte, ist die Bogenzahl auf weniger als die Hälfte geschmolzen.

Vorrede.

Nur die Erinnerungen gegen Stellen aus dem Höpfnerischen Commentar sind geblieben, weil sie von Anfang an nichts persönliches waren.

Göttingen im März 1803.

Inhalt

Inhalt

des

ersten Bandes.

Im ersten Hefte.

I. Ueber den Plan, die Absicht und die Grenzen dieses Journals, S. 1.

II. Leibnitz, S. 10.

III. Herr GJRath Pütter über die Art das Römische Recht zu lehren.

IV. Eines verstorbenen RechtsGelehrten vom ersten Rufe Anzeige seiner Vorlesungen.

V. Erläuterungen über den neuen civilistischen Cursus.

VI. Ueber das Studium der reinen Römischen Jurisprudenz, von Schlosser, S. 20.

Inhalt

VII. Vorläufige Nachricht wegen der civilistischen Manuscripte im Brittischen Museum von Hrn. Planta in London, S. 56.

VIII. Recensionen des Verfassers in den Göttingischen Anzeigen, S. 63.

Apologie.

IX. Was ist Obligatio? S. 68.

Im zweyten Heft.

X. Prüfung der Theorie der InjurienProcesse, samt deren Anwendung auf den Starkischen Proceß gegen die Berliner MonatSchrift. Von Schlosser.

XI. Berichtigung einiger gewöhnlichen VorstellungsArten in Herrn GTRaths Höpfner Commentar, S. 71.

Ob Hadrian's constitutiones anderer Art waren als die älteren? S. 74.

Ueber die lex Iunia Norbana, S. 77.

Ueber dominium quiritarium und bonitarium an einer res nec mancipi, S. 79.

Ueber die drey Bedeutungen von titulus und modus acquirendi, S. 83.

XII.

Im dritten Hefte.

XIII. Berichtigung einiger gewöhnlichen VorstellungsArten in Herrn GTRaths Höpfner Commentar. Fortsetzung.

Ueber die bonorum possessio, S. 89.

Warum

Warum RealContracte eine Klage bewirken, S. 94.

Begriff der Sequestration, S. 96.

Ueber die lex: *Si contendat*, S. 98.

Warum der Kauf die Miethe bricht, S. 100.

Was sind quadrupedes? S. 104.

XIV. Ueber die litterarische Bildung des sel. Prof. J. F. Brandis, von Spitlter, S. 109.

XV. Ueber die Institutionen des heutigen Römischen Rechts, S. 129.

Anwendung der Lehre von den Römischen Sclaven.

XVI. Vlpianus de edendo, S. 135.

XVII. Ueber die Vorlesungen des Herausgebers im Winter 1790 — 1791.

Im vierten Hefte.

XVIII. Ueber die pacta und contractus nach dem Justinianischen Rechte von Herrn Rath und OAmtmann Langsdorf in Lahr, S. 141.

I. Einleitung, S. 144. — II. Vom LitteralContracte, S. 146. — III. Von den QuasiContracten, S. 153. — IV. Zusammenhang der Lehre von pactis und contractibus, S. 158. — V. Von den ConsensualContracten, S. 162. — VI. Von den RealContracten, S. 167.

Noten des Herausgebers.

Zur Geschichte der Stipulationen, S. 176. — Ueber Justinian's LitteralContract, S. 181.

Inhalt des ersten Bandes.

S. 181. — Ueber die QuasiContracte, S. 185. — Ueber die Benennung Contract, S. 188. (vergl. mit Seite 200.) — Warum die Schenkung eine eigene und zwar Römische ErwerbungsArt ist? S. 192. — Ueber die Condictionen, S. 197. — Ueber die pollicitatio dotis, S. 198. — Ueber die unbenannten Contracte, S. 202. — Ueber das precarium, S. 206.

XIX. Herr GJRath Heyne über die Ehrenbezeugungen, welche den Römischen Rechtsgelehrten unter den Kaisern wiederfuhren.

XX. Neue civilistische Collegien in Göttingen 1790 und 1791. S. 211.

XXI. Recensionen des Verfassers in den Göttingischen Anzeigen 1790.

I. Ue-

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Erstes Heft (1790).

I.

Ueber den Plan dieses Journals.

(S. 1—22.)

Schon der Titel: Civilistisches Magazin, sagt ziemlich bestimmt, über wie viele und wie wichtige Theile der Rechtsgelehrsamkeit man hier gar keine Aufsätze erwarten darf. Das Deutsche Staats- und PrivatRecht, das catholische und protestantische KirchenRecht, das LehenRecht, VölkerRecht, kurz alle diejenigen Rechte, welche nicht Römisch sind, sollen aus diesem Journale ausgeschlossen seyn und bleiben, so wie aus jeder andern Schrift des Verfassers oder Herausgebers. Hingegen alles, was Römisches Recht ist oder auf Römisches Recht sich gründet, gehört in meinen Plan.

Dieser Grenzscheidung ungeachtet bleibt ein sehr großes Feld übrig, und zwar gerade der Theil der Jurisprudenz, der am mei-

sten Juristerey, das heißt, meiner Einsicht nach, am meisten eigentliche Wissenschaft, und künstlich gebildetes System ist. Man könnte sagen: der Theil, welcher als der unentbehrlichste für alle Juristen das meiste Interesse haben muß; aber daß das civilistische Magazin an diesen Vorzug der gewöhnlichen civilistischen Vorlesungen und Bücher, an den Vorzug, für allgemein unentbehrlich anerkannt zu werden, keinen Anspruch machen darf, ergiebt sich schon aus einer genauern Angabe der einzelnen Fächer, wovon keines vernachläßigt werden kann, ohne eine erhebliche Lücke im civilistischen Studium zu lassen, und wovon auch keines in diesem Magazin vernachläßigt werden soll.

Hierhin gehört vorzüglich das alte Römische Recht in seinem ganzen Umfange, bloß als Theil der Römischen Litteratur, und ohne die mindeste Vorliebe für das, was im NeuRömischen Rechte geblieben ist, oder gar für das, was einen schon jetzt anerkannten Einfluß auf das heutige Recht hat. Wahrer Einfluß ist doch gewiß immer da, und die Untersuchungen, welche man ganz aus uneigennützigem Eifer für das Studium anstellt, die, bey welchen man sich anfangs noch gar keinen Nutzen bestimmt versprechen

kann,

kann, sondern sich nur erst mit dem allgemeinen Gewinne für Wahrheit und Geistesbildung begnügt, gerade diese Untersuchungen sind es oft, die sich am reichlichsten belohnen. Wie weit würde man in allen Wissenschaften zurück seyn, wenn man immer nur nach solchen Sätzen geforscht hätte, deren practische Brauchbarkeit man schon kannte? und wie manche Entdeckung benutzen wir jetzt zu Absichten, an welche ihr Urheber nie dachte? Wer der Nachwelt keine Materialien vorbereitet, den trifft meist der Fluch, daß auch er die Vorbereitungen, welche seine Vorgänger hinterlassen haben, nicht zu benutzen weiß.

Das Römische ius publicum, d. h. die Staats-Verfassung und Staats-Verwaltung, das Peinliche Recht u. s. w. dieses Volkes liegt also ganz und gar nicht außerhalb den Grenzen dieses Plans, so wenig als irgend eine Lehre des alten Römischen PrivatRechts, von welcher Justinian uns gar keine oder nur wenige Ueberbleibsel erhalten hat. Solche Lehren haben ein um so größeres wissenschaftliches Interesse, weil sie kein practisches haben: denn einmahl läßt sich da die reichlichste Ausbeute hoffen, wo in neuern Zeiten am wenigsten nachgegraben worden ist, wo man

also noch wenig Gebrauch von den neuern historischen, philosophischen und humanistischen Ideen gemacht hat; dann aber kommt auch nur bey solchen Materien der wichtige Einwurf nicht vor, der bey neuen Aussichten über einen practischen Satz Bedenklichkeiten erregen kann, der Einwurf nehmlich: ob die neue Wahrheit auch werth sey, daß man ihr zu Liebe an der Observanz der Gerichtshöfe etwas ändere? Bey allen Sätzen des reinen CivilRechts ist es gleichgiltig wie sie sind, und ihre Gewißheit macht ihr ganzes Verdienst; die neue Meynung ist meist politisch so unbedeutend als die alte; wenn sie die meisten Gründe für sich hat, so wird sie freylich besser zum Ganzen passen, aber sie kann ziemlich isolirt seyn, und auf der Seite ihrer Gegnerinn kann der entschiedene GerichtsGebrauch stehen; gesetzt auch dieser könne ganz gestürzt werden, so wird er es doch höchstens erst nach einem halben Jahrhundert, unterdessen ist nun eine Controvers mehr da, so lange fühlt man also den Nachtheil der neuen Entdeckung lebhafter, als man je ihren Nutzen fühlen wird.

Alle diese Bedenklichkeiten verschwinden bey einer Frage, die nicht mehr practisch ist. Man könnte ganze Abschnitte aus allen Antiqui-

tiquitäten Compendien unnütz machen, ohne daß irgend ein Advocat neuen Vorwand zu Chicanen bekäme.

Noch ein Vorzug der Erörterungen, welche zunächst nur die RechtsGelehrsamkeit, vor denen, welche unmittelbar die Rechts-Pflege interessiren, besteht wohl auch darin: daß man nur bey jenen getrost fürs Erste mit einem non liquet schließen kann, daß man also nur bei jenen einreißen darf, ohne sogleich ein anderes Gebäude aufzuführen, das durch seine Bauart noch fester ist, als das vorige durch sein Alter es war. In der Theorie ist schon damit viel gewonnen, wenn man nur weiß, man wisse über einen Punkt noch nichts Zuverlässiges; so bald es aber auf das Handeln ankommt, kann man sich bey der bloß negativen Gewißheit nicht mehr beruhigen. Sehr oft ist es besser, der Richter entscheidet den Proceß jetzt, aber unrichtig, als wenn er ihn erst nach zwanzig Jahren richtiger entschiede; hingegen der Gelehrte verdient mit der Schnelligkeit seines Urtheils keinen Dank, als in so ferne es auch ganz wahr ist.

Zum vollständigen Römischen Rechte gehört aber nicht nur die Verbindung aller Begriffe und Sätze, die ehemahls coexistirten

und zusammen die Wissenschaft eines Römischen Juristen in einem gegebenen Zeitpunkte ausmachten; sondern auch die successiven Veränderungen von dem Ursprunge des Staats, der Rechtsgelehrsamkeit, und jeder einzelnen Lehre an, bis auf unser Corpus Juris, oder bis auf das Resultat, welches wir vor uns liegen haben. Keine Untersuchung, die in die Geschichte des Römischen Rechts, nach diesen drey Rücksichten, einschlägt, soll dem Plane des Magazins fremd seyn.

Alles was bisher angeführt worden ist, betrifft nur das Object, welches der Civilist zu sehen hat, das Rechtssystem an sich, welches er kennen lernen muß; eben so wichtig ist aber auch das **Medium**, wodurch er jenes Object sieht, das Verhältniß des Römischen Systems zu uns, so wohl in der Erlernung als in der Anwendung. Wer Alles wüßte, was **Appius**, **Labeo**, **Ulpian** und **Tribonian** zusammen je gewußt haben, der würde doch dem Ideale nicht nur von einem heutigen Rechtsgelehrten überhaupt, sondern selbst dem von einem heutigen Civilisten, also selbst demjenigen nicht entsprechen, welches freylich auch dieses Journal bey weitem nie in seinem ganzen Umfange erreichen wird, aber doch zu erreichen sich vorsetzen muß.

Auch

Auch was das Römische Recht für uns ist, und wie es uns dieses ward, selbst ob es uns dieses wahrscheinlich noch lange bleiben müsse, sind lauter Fragen, zu deren Beantwortung hier Beyträge vorkommen dürfen. So fällt dem Magazine anheim:

1. die Geschichte des Römischen Rechts im heutigen Europa, seiner Aufnahme und Bearbeitung, die ganze juristische Litterärgeschichte, in so ferne sie nicht andern Classen von Rechtsgelehrten mehr als dem Civilisten wichtig ist. Haarscharfe Grenzen giebt es hier freylich nicht, es sind mehrere Districte gemeinschaftlich, aber sehr viele andere gehören doch zuverlässig nicht zum Civilrechte, und alle von der letztern Art bleiben ausgeschlossen, obgleich auf die von der erstern die TerritorialRechte ausgeübt werden sollen. Nicht nur unter diese gemeinschaftlichen Besitzungen, sondern sogar unter die ausschließend civilistischen rechne ich das ganze so genannte NaturRecht des einzelnen Menschen, oder das natürliche PrivatRecht. Es versteht sich, daß damit die Philosophen an ihren Ansprüchen nichts verlieren, so wenig als die Historiker an den ihrigen, wenn man sagt, daß die zwölf Tafeln nur in das CivilRecht gehören. Es kommt nur darauf

an, die Grenzen nach den Objecten zu bestimmen, und nicht nach der Behandlungsart. Das Naturrecht muß man philosophisch, und die Rechtsgeschichte historisch behandeln; aber die Philosophie über civilistische Sätze ist, so wie die Geschichte des Civilrechts, dem Civilisten unentbehrlich, und darf davon nicht als ein eigener Theil der Jurisprudenz getrennt werden. Eigene Bücher und eigene Vorlesungen darüber können immer noch von Nutzen seyn; aber in so ferne sie Gegenstände des Civilrechts behandeln, sind sie Theile desselben.

2. Eben diese Bestimmungen gelten auch bey dem Systeme des heutigen Römischen Rechts selbst, welches der zweyte Punct ist, worauf bey dem Römischen Rechte, nicht im Römischen Staate, sondern bey uns, gesehen werden muß. Unter allen Fächern des Magazins ist dieses das einzige unmittelbar practische, aber auch dieses wird lange so practisch nicht seyn, als vielleicht manche Leser es wünschen. Von dem Werthe einzeler practischen Controversen war schon oben die Rede, und es ist eine Folge meiner Ueberzeugung, wenn jeder Richter und jeder Sachwalter sich getäuscht fühlt, der ein Stück dieses Journals in die Hand nähme, um zu sehen, ob er nicht etwa darin für einen seiner

ner Processe eine neue günstige Meinung, neue Argumente und neue Citaten finden, und mit diesen seine Relation oder seinen Libell zieren könne. Vom heutigen Römischen Rechte soll gerade nur das vorkommen, was gewöhnlich gar nicht interessirt: Entwicklung von Begriffen, Uebersicht des Ganzen, Sachen die man nicht auswendig lernt, und die auch, auswendig gelernt, gar nichts helfen würden.

3. Die in unseren Tagen so rege gewordenen Ideen und Versuche, das Civilrecht durch einen Unterricht von oben herab oder durch neue Gesetzbücher zu erleichtern und auszubilden, sind ein dritter Gegenstand, den der heutige Civilist nicht mit dem Römischen gemein hat. Von ihrem Gelingen oder Mißlingen hängt die ganze Richtung des civilistischen Studiums, besonders in einem der aufgeklärtesten Theile unsers Vaterlandes ab.

4. Außer der ehemaligen, jetzigen, und künftigen Anwendung des Römischen Rechts im neuern Europa, ist endlich auch seine jetzige und künftige Erlernung, die Prüfung der gewöhnlichen Methoden, und die Möglichkeit besserer, ein Gegenstand, und, aufrichtig zu reden, der eigentliche Hauptzweck dieses Unternehmens.

II.

Leibnitz. (S. 23—34.)

Bey weitem der größere Theil meiner Leser weiß, daß Leibnitz schon 1667 eine juristische Methodologie ohne seinen Namen herausgegeben hat, welche Wolf seitdem von neuem auflegen ließ (*). Dieser letztere Umstand macht es zwar ziemlich unwahrscheinlich, wenn ich hinzusetze, daß doch wohl ebenfalls der größere Theil meiner Leser diese Schrift nicht näher kennen wird. Was mich aber davon dennoch überzeugt, ist eben die Erfahrung, daß Schriftsteller mit Meynungen und Projecten verlacht worden sind, die doch im Grunde nur Wiederhohlungen von dem waren, was Leibnitz gesagt hatte. Dieses Schicksal hat mich ohne mein Wissen selbst betroffen: ich hatte einiges gegen die ge-

(*) Godofr. Guil. L. B. DE LEIBNITZ *Noua methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* ex artis didacticae principiis, in parte generali praemissis, experientiaeque luce. Cum praefatione Christiani L. B. DE WOLF. Lips. et Halae ex off. Krugiana 1748. Octav. 143 S.

gewöhnliche Methode erinnert, weil mir diese ganz offenbar fehlerhaft schien, und ich war eben im Begriffe meine Behauptungen zu vertheidigen, als mich einer meiner Freunde auf Leibnitz aufmerksam machte, von dem ich geglaubt hatte, daß er mehr suche, das deutsche Staats- und PrivatRecht zu verbessern, als das Römische. Man stelle sich die Wohllust vor, mit welcher ich nun manche meiner Sätze oder Beweise bey ihm fand! Leibnitz ist zu groß, als daß ich befürchten dürfte, man werde mir diese Freude und die Mittheilung derselben für ein *les beaux esprits se rencontrent* auslegen; aber gerade dieß muß doch eine sehr starke Vermuthung für die Wahrheit einer Meynung begründen, wenn sie nicht nur Köpfen vom ersten Range sich aufdringt, sondern auch ganz gewöhnlichen, nicht nur denen welche fast das ganze Gebiet des menschlichen Wissens durchwandert, sondern auch denen, welche sich nur auf einen einzelnen Theil eingeschränkt haben. — Jetzt die erheblichsten Stellen, worin ich wünschte daß alle Rechtsgelehrte dächten, wie er. Die Uebersetzung soll völlig getreu seyn, aber da ich nur Excerpten liefere, so ist die Ordnung willkührlich.

§. 24. S. 45. und 46. "In das Lehrbuch zum ersten juristischen Unterrichte müssen nur

nur die Sätze aufgenommen werden, welche ganz ausgemacht sind, und keine Controversen, — ferner nur die, welche noch heut zu Tage angewendet werden, und keine Antiquitäten, denn ich werde unten zeigen, warum man mit dem heutigen Rechte den Anfang machen soll, — drittens nur die positiven und nicht diejenigen, welche der Menschenverstand jeden lehrt, der nur die Ausdrücke versteht, — endlich auch nur die juristischen, das heißt, die, welche eine Rechtsfrage entscheiden, und nicht die, welche in die Rechtsgeschichte, in die Philologie oder Philosophie gehören. Sondert man auf diese Art alles Bestrittene, Veraltete, Handgreifliche und Fremde ab, so wird das Buch äußerst leicht und kurz ausfallen."

§. 96. S. 133. "Mit den Institutionen darf man nicht anfangen, weil sie so vieles, was nicht practisch ist, enthalten. Denn niemand wird beym Unterrichte in der Lateinischen Sprache die Fragmente von Ennius und Pacuv zuerst nehmen, wenn diese gleich älter als Cicero sind, und denjenigen trefflich zu Statten kommen, die das Brauchbare schon vom Veralteten zu unterscheiden wissen. — — Der Einwurf: daß das alte Recht die Quelle des heutigen sey, sagt gar nichts, denn das ältere Latein ist doch wahrhaftig auch

die

die Quelle des Ciceronianischen. Beym Lehren muß man aber nicht immer auf die Ordnung des Entstehens, auf die Ordnung der Natur, sondern auf den Vortheil der Leichtigkeit sehen. Bey etwas mehr Reife lernt sich alsdann der Ursprung sehr geschwind. Die Institutionen sind schwerer, weil sich so vieles auf eine Verfassung und auf andere Dinge bezieht, die wir nicht mehr haben, und die von den unsrigen so sehr abweichen. Man vermischt dabey auch den dogmatischen und exegetischen Unterricht, und endlich sind dem Anfänger nicht nur die Sachen sondern schon die Worte dunkel. — — Indessen muß ich zu meiner oder zu der Jurisprudenz großen Schande gestehen, daß ich kein einziges Buch kenne, worin bloß das heutige Recht, kurz und methodisch, vorgetragen wäre."

§. 10. S. 35. "Die Ordnung der Institutionen ist nicht für unsere Zeiten. Wo soll z. B. die Lehre vom Concurs mit Schicklichkeit eingeschaltet werden? — — Die Ordnung der Pandecten richtet sich ganz nach dem alten Rechte, und paßt zu dem heutigen ganz und gar nicht."

---

§. 2. S. 26. "Der vollständige Unterricht in der Jurisprudenz besteht, wie in der Theo-

Theologie, aus vier Theilen: dem dogmatischen: was ausgemacht Rechtens ist, — dem historischen: zu welcher Zeit, durch wen Rechtssätze eingeführt, verändert oder abgeschafft wurden, — dem exegetischen oder die Quellen selbst, — und dem polemischen (*)."

§. 3. S. 27. "Die Dogmatik und Polemik machen eigentlich die Rechtsgelehrsamkeit aus, die Geschichte und Exegese sind die unentbehrlichen Mittel, dazu zu gelangen. Jene zwey

(*) Damahls als Leibnitz schrieb, galt die Polemik beynahe für das wichtigste, wenigstens für das interessanteste theologische Collegium; es war also ganz natürlich auch die juristische Polemik oder die Controversen für einen eigenen Haupttheil zu halten. Heut zu Tage ist man in der Theologie überzeugt, daß derjenige keiner besondern Anleitung zum Widerlegen von Irrthümern bedürfe, der die Gründe und Gegengründe in den systematischen, historischen und exegetischen Theilen der Wissenschaft gelernt hat. Ein wenig polemisirt muß bey jedem ausführlichern Vortrage einer Wahrheit werden, und mehr als ein wenig zu polemisiren ist wohl in der Theologie und der Jurisprudenz so unnöthig oder gar so schädlich, als in der Medicin, der Philosophie u. a. Fächern. — An die Stelle der Polemik setzt man jetzt lieber einen eigenen practischen Theil. [S. unten B. III, S. 102.]

zwey sind practisch; diese, theoretisch. Für die Justiz ist es genug, daß man weiß, was in jedem Falle Rechtens sey, und dazu könnte man gelangen, ohne auch nur Latein zu verstehen; aber mit unsäglicher Mühe, und am Ende doch ohne Nutzen, weil man keinen Beweis führen kann, als aus der Geschichte und den Texten."

---

§. 4. S. 27. "Ich habe die Theologie bey der Jurisprudenz zum Muster genommen, weil zwischen beiden Facultäten eine ganz frappante Aehnlichkeit ist. Beide haben eine doppelte Erkenntnißquelle, einmahl die Vernunft, — daher die natürliche Religion und das Natur-Recht, — dann aber auch die Schrift, oder den Willen eines Obern. Die Medicin, Philosophie und Mathematik sind ganz anderer Art: es mag einen Satz behaupten, wer da will, er muß ihn beweisen."

Anm. Im folgenden Paragraphen führt L. die Idee aus, daß die Theologie eine Art von Rechtssystem sey; die Moral enthalte das Privatrecht, in der Glaubenslehre sey ius publicum. Daher sey auch ein Jurist, Faustus Socinus, der gefährlichste Gegner, und ein anderer Jurist, Hugo Grotius, der beste Vertheidiger der Theologie. — Beyläufig bemerke ich nur, daß auch L, wie alle Classiker, das CriminalRecht in das

ius

ius publicum setzt, und nicht, wie Griebner, Westenberg, Leyser und fast alle Neuern, in das PrivatRecht.

---

§. 62. S. 90. "Die Theologen übertreffen uns in Allem, einen einzigen Punkt ausgenommen, den wir dem ältern Godefroi zu danken haben. Es fehlt den Theologen noch an so kurzen und vollständigen Anmerkungen über die ganze Bibel."

---

§. 83. S. 116. "Wenn doch nur unsre Rechtsgelehrten den Alten nachahmten, die sie so beständig im Munde führen, und die in sehr wenigen Zeilen oft eine ganze Menge von Gründen angeben! Ich zweifle keinen Augenblick, daß unsere Decisionenmacher mit einer Entscheidung Ulpian's oder Scävola's, die kaum eine Seite stark ist, zehn Bogen anfüllen würden."

---

§. 90. S. 127. "In keiner Wissenschaft und in keiner Facultät gibt es mehr Bücher, und weniger Sätze, als in der Jurisprudenz. Des Abschreibens und Wiederholens ist da gar kein Ende."

---

§. 29. S. 53. "Das Historische bey der Jurisprudenz ist theils die innere theils die äuße-

äußere Geschichte. Jene ist ein Theil der Wissenschaft selbst, diese ein Hilfsmittel. Die innere Rechtsgeschichte erzählt die verschiedenen Rechte der Staaten. —— Bei der Geschichte des Römischen Rechts vermisse ich, nach Forster's und Godefroi's Grundrissen, doch noch eine genauere Angabe, welche Rechtssätze von den Tribunen, Prätoren, Consuln und Kaisern in verschiedenen Zeiten aufgestellt worden sind, bis zuletzt das Ganze diese Gestalt bekam."

Besonders war L. erstaunlich dafür, daß in allen Dingen ein Anfang gemacht werden müsse. "Einer wartet immer auf den Andern, sagt er §. 55. S. 82., und unterdessen geschieht gar nichts." Am Ende gibt er S. 142. ein Verzeichniß von nicht weniger als 31 Büchern, die alle noch müßten geschrieben werden, und die er fast alle selbst schreiben wolle, wenn sonst niemand Hand anlege. Merkwürdig ist die Stelle §. 85. S. 122., wo er diejenigen Deutschen Rechtsgelehrten besonders auffordert, die auf Academien lebten, und also die meiste Muße hätten. Waren denn zu seiner Zeit die Zerstreuungen durch FacultätsArbeiten noch nicht so groß, wie jetzt?

Welche Aufnahme sich übrigens Leibnitz von seinen Zeitgenossen versprach, ergibt sich aus sehr vielen Stellen, besonders der Vorrede. Die Verbesserungen, die er vorschlage, seyen dringendes Bedürfniß; aber es gebe Leute, die jeden haßten, der etwas verbessern wolle. Und nun kommt eine Liste von gelehrten Märtyrern; Valla, Ramus, Galilei, Frischlin, Des Cartes, Harvey seyen alle erst lange verfolgt worden, ehe die Wahrheit gesiegt habe. — Man sollte doch nur bedenken, wie viele große Männer im Stillen einen bessern Unterricht wünschten; man sollte ihm seine Fehler zu gute halten, weil er doch offenbar sehr oft nützliche Vorschläge thue, und weil er ja selbst nicht nach dieser Methode geführt worden sey, die er nun, seiner ganzen redlichen Ueberzeugung nach, für die bessere halte. Wem seine Projecte gefielen, der solle sie ausführen; wer sie verwerfe, solle auf andere denken.

III.

Herr GJRath Pütter über die Art das Römische Recht zu lehren. (S. 35—48.)

Aus dessen Neuem Versuche einer jur. Encyclopädie und Methodologie 1767. S. 75—86.

IV.

Eines verstorbenen Rechtsgelehrten vom ersten Rufe Anzeige seiner Vorlesungen. (S. 48—53.)

Aus Leyser Sp. 662. Band X. S. 641. ff.

V.

Erläuterungen über den neuen civilistischen Cursus. (S. 53—71.)

Ueber die Institutionen des heutigen Römischen Rechts, — die RechtsGeschichte, — und das classische Pandecten-Recht.

VI.

Ueber das Studium des reinen Römischen Rechts

von

Johann Georg Schlosser. (S. 72—108.)

Wenn von unsern Zeiten etwas wenig zu erwarten gewesen ist, so war es, daß in ihnen das reine Römische Recht wieder aufleben sollte. Ein Studium dieser Art kann keiner der Erwartungen unsrer Zeitgenossen entsprechen, keinen der großen Zwecke erreichen, nach welchen wir alle ringen. Es kann kein Geld einbringen; denn, wer würde selbst dem Scävola für ein ausgearbeitetes Gutachten im Römischen Geschmack so viel bezahlen, als jetzt nur ein Notarius für ein Testament bekommt? Es kann dieses Studium weder bürgerliche, noch nur auch litterarische Ehre geben; denn die Großen fordern von ihren Räthen, und die Minister von ihren Galopins ganz andere Dinge, wenn sie ihnen

Ehre

Ehre erweisen sollen; und das eleganteste Werk über das reine Römische Recht wird kaum Käufer finden. Noch weniger kann dieses Studium uns den HofTon, den Ton der guten Gesellschaft geben; vielmehr sagt man, daß dasselbe seine Verehrer dazu ganz untüchtig mache. Endlich kann dasselbe uns auch nicht einmahl einen Sessel in dem ehrwürdigen Club der Aufklärer verschaffen: denn diese haben sich überall, so lebhaft und so patriotisch, gegen alles was alt ist erklärt, gehen so mannhaft, so stirnfest, aller Weisheit der vorigen Zeit entgegen, daß es eine Barmherzigkeit von ihnen ist, wenn sie die Vertheidiger des Alterthums mit einem bloßen Achselzucken von sich lassen.

Unter so ungünstigen Umständen hätte man also wohl nicht erwarten sollen, daß eine der blühendsten Deutschen hohen Schulen dennoch diese so brodlose Kunst wieder hervor suchen, und es wagen sollte, unsere frühreifen Jünglinge auf ihrer PostReise durch die academischen Straßen bey einem solchen SeitenWeg aufzuhalten, noch weniger hatte man Grund zu glauben, daß sie genereuse Jünglinge finden würde, die sich da aufhalten ließen. Dennoch höre ich, daß das alles wirklich sich begebe.

Bei einem solchen Phänomene wird wahrscheinlich das Urtheil des Publicums und sein Räsonnement sehr getheilt seyn; und da man seit einiger Zeit von nichts häufiger spricht, als von den Mitteln wie man die Kinderzucht erleichtern könne, und wie man sonderlich die künftigen Gelehrten, mit dem was man Realitäten zu nennen beliebt, auf das allergeschwindeste mit möglichster Leichtigkeit, und in der allergrößten Fülle ausstopfe; so ist sehr zu besorgen, daß die Stimmen aller unserer neuen Educatoren mehr gegen, als für das Römische Recht ausfallen werden. Sollten aber auch die ErziehungsReformatoren nicht laut genug gegen diese neue Pedanterie schreyen können, so werden sich zu ihnen beinahe alle GerichtsStühle, und das ganze Corps der Advocaten, Notarien, Rechts-Commissarien u. s. w. schlagen wollen. Und was noch gefährlicher ist, so werden sich auch zu ihnen unsre neuen Legislatoren gesellen, die da glauben werden, daß man ihnen, durch Aufwärmung der reinen Römischen Rechtsgelehrsamkeit, ihr herrliches Amt abnehmen, und die Welt nöthigen wollte, allein auf Tribonians Weisheit zu schwören, wodurch dann die ihrige sehr in den Hintergrund gestellt werden dürfte.

Allen diesen Widersachern der Palingenesie des Römischen Rechts könnte man zwar freilich ziemlich leicht entweder begegnen, oder man könnte sie wohl gar auf die andere Seite gewinnen. Die Erzieher haben sich schon selbst verdächtig gemacht, weil ihrer so viel geworden sind. Es ist ihnen ergangen wie den Bärenführern, die man ehemals selbst in den Residenzen mit Erstaunen ansah, wenn sie ihre wohlgezogenen Eleven producirten, und denen nun kaum mehr die DorfJungen zusehen mögen. Die Advocaten, und Procuratoren und dergl., werden sich bald mit der neuen Idee versöhnen, weil sie glauben werden, daß dieselbe, was sie so sehnlich wünschen, die Rechte nur noch mehr verwirren werde; und da unsere Legislatoren vergessen haben, daß sie nur, wie Plato in einer merkwürdigen Stelle (*) sagt, Aerzte seyn sollen, die dem Staat dann und wann zu Hülfe kommen wo seine Kränklichkeit in gefährliche Crisen kommt; da sie vielmehr sich für neue Prometheuse darstellen: so werden auch diese so bald ihren Credit verlieren, als man merken wird, daß sie nur einen andern Thon zu ihren Puppen nehmen, und nicht vermögen sie mit einer andern Seele zu beleben.

Wenn

(*) Plato Republ. lib. IV.

Wenn aber auch diese zu schreyen aufhören, oder, wenn sie nicht mehr gehört werden; so wird doch dadurch das was sie bestreiten wollten, noch nicht ausgemacht. Es ist in der Gelehrten Republik nichts neues, daß unter zwey streitenden Parteyen, sowohl die, welche zum Schweigen gebracht wird, als die, welche zuletzt spricht, beide Unrecht haben. Es scheint mir deswegen sehr räthlich und der wahren Weisheit gemäß, daß wir uns bemühen, ehe der Streit angeht, die eigentliche Frage worüber gestritten wird, festzusetzen; und bloß dieses zu versuchen, bey weitem nicht selbst zu urtheilen, wage ich es, diese wenigen Blätter denjenigen welche über diesen Gegenstand denken wollen, vorzulegen, mehr um mich durch diesen Streit zu belehren, als mich in denselben einzumischen.

Von der Zeit der Auferstehung des Römischen Rechts, oder vielmehr von dem Irnerius, bis ungefähr auf die Zeiten des Heineccius, haben sich drey Secten, oder Partien unter den Juristen hervorgethan, deren Entstehung uns wohl den sichersten Leitfaden zu dem Streit-Punkt der wichtigen Frage geben kann: Ob es räthlich sey, wieder die reine Römische Jurisprudenz zu studiren.

Zu der einen, und zwar zu der verächtlichsten, obgleich zahlreichsten dieser Secten, gehören die practischen Juristen: diese machen ein Extremum aus; das andere Extrem nehmen die theoretischen Juristen ein: und diese gehören zu der zweyten Secte; die dritte Secte begreift die theoretischpractischen, die zwischen jenen in der Mitte stehen.

Von den practischen Juristen haben einige sich eine gewisse Concordanz von Römischen, Canonischen und statutarischen Gesetzen, und von Responsis, Consiliis, Meynungen, Thesen u. d. gl. in den Kopf gebracht, die sie auf alle Fälle anwenden, sie mögen sich hinschicken oder nicht; sie mögen Stoff eines Gesetzes seyn oder nicht. Sie beweisen Euch mit L. 10. ff. qui testam. facere possunt (*), daß ein Einhändiger testiren könne, und mit L. 17. ibidem, daß ein Narr es nicht könne. Mit zehn Gesetzen thun sie Euch dar, daß ein Richter nach dem Recht sprechen soll, und daß ein Wütender nicht bey Sinnen ist; wenn Ihr sie böse macht, so beweisen sie Euch aus L. 2. C. de commerciis (**), daß man die Türken und Heiden wenigstens, wo nicht gar alle Nationen die

(*) *fr.* 10. *D.* 28, 1.
(**) *const.* 2. *C.* 4, 63.

die keine Academie des Sciences haben, betrügen könne wie man wolle, quia Barbaris aurum, si apud eos inventum fuerit, subtili ingenio auferendum est, und ohne des Kaisers Martian besonders große Menschenliebe in dem L. 9 C. de Haereticis (*), würden sie einen Wiedertäufer, Socinianer, oder sonst einen der 31 Ketzer, deren L. 5. C. ibidem gedenkt, nimmermehr begraben lassen, sondern ihn wie einen Homerischen Helden den

κυνεσσιν
Οιωνοισι τε πασι

auf das legalste Preis geben.

Eine andere Branche dieser Secte läßt zwar Corpus Juris, Decretalen und Statuten in guter Ruhe, aber sie hängt desto gewissenhafter an dem Usu et Observantia fori. Sie glaubt, wie Böhmer von diesen Herren sagt: in foro omne ius positum esse, hic veram iuris cathedram, iustitiae sacellum, verum sacerdotium, hic ius in ipsis rerum argumentis conspici et adplicationem tradi; hic imperium forense, hic thronum legitimum, hic asylum oppressorum vnicum, et extra hanc ecclesiam non esse salutem.

Mit den beiden Aesten dieser Secte werden die Restauratoren der Römischen Jurisprudenz

(*) *const.* 9. C. 1, 5.

denz wohl wenig zu streiten haben, noch streiten wollen, noch wenn sie mit ihnen stritten, viel ausrichten. Beide verhalten sich zu der Jurisprudenz wie Quacksalberei zur Medicin, und wie der Zimmermann zum Architecten. Auch muß man diese Leute leben lassen; wir können uns nicht einmal bergen, daß sie von sehr edler Herkunft sind: denn alle die Römischen Patricier, die zu Scävola's, Cato's, und den Zeiten der Römischen Republik, um die Oracula fori herum schwärmten, waren im Grunde nicht mehr als die Practicanten der zweiten Classe; die großen Lichter der Rechtsgelehrsamkeit in dem funfzehnten, sechszehnten und siebenzehnten Jahrhundert, gehörten zu der ersten, wie unzählige Consilia und opera Iuridica im bürgerlichen, Staats- und LehenRecht unleugbar beweisen. Auch können wir das uns nicht verbergen, daß bei der unzähligen Menge von gens de loix die wir nöthig haben, und die wir, wenn unsere Gesetzgebung, wie sie anfängt, fortfährt so genau ins Detail zu gehen, noch täglich vermehren müssen, solche practische Juristen nicht zu entbehren sind. Wären sie aber auch zu entbehren, so würden sie dennoch immer von selbst nachwachsen. Denn, da zu unsrer Zeit bei großen und kleinen Höfen die sogenannten GeschäftsMänner, Geheimen Räthe, Regierungs-

rungsRäthe, JustizRäthe, wenn sie nicht auch Sternfähig, Kammerschlüsselfähig, Courfähig u. s. w. sind, für bloße Taglöhner geachtet, und eben so geehrt, und eben so bezahlt werden, so ist es ganz natürlich, daß diejenigen, welche solche Qualification von der Geburt haben, für die Theorie und die Praxis gleich wenig besorgt sind, wohingegen die, welche unvorsichtig genug waren, sich nicht mit diesen Qualificationen gebähren zu lassen, nur die Praxis, die einzige Kunst, die in ihrer TaglöhnerCarriere erforderlich ist, zu erwerben suchen.

Sollte indessen einmahl eine Zeit kommen, daß Europas Regenten, nach dem Rath des Plato, ihre ersten StaatsDiener und die vornehmsten ihrer Räthe nicht mehr nach dem Thor fragten, durch welches sie in die Welt gekommen sind, sondern nach dem Gold, das sie bey ihrem Eintritt mitgebracht haben; oder sollten wenigstens unsere ReichsFürsten einmahl ihre hohe Würde besser kennen lernen, und fühlen, daß sie selbst Ehre und Ansehn dem geben können, den sie für würdig halten, ohne vorher den Kaiser zu fragen, ob sein Adels Diplom sie dazu berechtigt hat: dann dürfte freylich die edle Nacheiferung, das Streben nach dem Höhern, Schönern, Bessern, auch einem

nem guten Theil der practischen Juristen die Frage wichtig machen, ob der Weg den sie gewählt haben, der richtige sey.

Wir sind indessen noch so weit von dieser Epoche, daß wir, glaube ich, jetzt dieses Corps von practischen Rechtsgelehrten ganz sich selbst überlassen können. Denn da dessen Verlobte von der RechtsWissenschaft nicht als wie von einer Wissenschaft, sondern als wie von einem Handwerk sprechen, und da die Frage, deren StreitPunkt wir jetzo suchen wollen, von der Jurisprudenz nur so weit spricht, als sie eine Wissenschaft ist; so stehen die Practicanten ganz außerhalb den Schranken.

Die Theoretiker sind in drey Classen abzutheilen, und die Verwechslung dieser Classen hat ihnen viele üble Nachrede zugezogen, ist Schuld gewesen, daß sie oft lächerlich gemacht worden sind.

Zu der ersten Classe rechne ich die philosophischen Juristen, sowohl die, welche, wie Plato, Aristoteles, Isokrates, und mehrere vor und nach ihnen unter den Alten, oder die, wie Bodin, Conring und ihres gleichen unter den Neuern, aufgesucht haben, welche Gesetze am besten zu geben wären; als auch diejenigen,

wel-

welche die Gründe zu den schon gegebenen Gesetzen gesucht haben, wie der gelehrte Michaelis in Ansehung des Jüdischen Volks, der scharfsinnige Montesquieu in Rücksicht auf mehrere Völker, und mit minder glücklichem Erfolg, Heumann für die Deutschen, gethan haben.

Zu der zweiten Classe der Theoretiker gehören die Critiker, die eigentlich nicht unter die Juristen zu zählen wären, wenn es seyn könnte, daß man ein Gesetz Buch critisch untersuchte, ohne selbst Jurist zu seyn. Diese Critiker haben, sonderlich nach dem Cujas, und auf den Holländischen hohen Schulen, ihre Kunst freilich oft ein wenig launig betrieben. Man gibt ihnen Schuld, daß sie manchmal zu viel Wichtigkeit auf kleine Dinge legen, und nicht selten um eines unbedeutenden Wortes willen, ein paar Tausende verschwenden, die jedoch auch nicht viel bedeuten. Mir hat es indessen immer sehr unbillig geschienen, wenn ich gesehen habe, daß man einen Gelehrten, einen Künstler, oder einen Mann von Talenten, der sonst in seinem Fach groß ist, chicanirte, wenn er manchmal auch sich mit Kleinigkeiten beschäftigte. Wie übellaunisch muß man seyn, wenn man dem Boileau, oder Racine ein Boutrimé, oder eine Charade

verden:

verdenken, oder einem Mathematiker die Berechnung der Gersten Körner, die man auf die Oberfläche der Welt säen könnte, oder Newton seine Arbeiten über die Apokalypse übelnehmen wollte?

In der Hauptsache waren diese Critiker der Rechtsgelehrsamkeit äußerst wichtig, und ihre Arbeit ist so mühselig, daß man Gott für ihr Daseyn mit eben so viel Recht zu danken Ursache hat, als Bollingbroke's Erzbischof hatte, ihm für die Lexicon Macher zu danken. Mit dem allem gehört diese Classe von Theoretikern nur zu den Vorbereitern. Der Werth derselben wird also entschieden, so bald der Werth derjenigen für die sie arbeiten, entschieden ist.

Die dritte Classe der Theoretiker begreift endlich diejenigen, welche entweder einzelne Materien, oder das ganze System des reinen Römischen Rechts, aus den Alterthümern und aus den Quellen dieses Rechts eben so bearbeiten, als wenn unsere Richter noch auf Römischen subselliis, und unsere Justiz Präsidenten noch auf einer sella curuli säßen.

Diese dritte Classe von Theoretikern ist es vornehmlich, welche an der einen Seite unserer Frage steht; und ich fürchte, sie wird Mühe

haben

haben sich zu vertheidigen, wenn man die dritte Secte der Juristen, die theoretischpraktischen, gegen sie auftreten sieht.

Diese dritte Secte ist in der That die, welche unsere ProzeßFührer sich am liebsten zu Advocaten, und zu Richtern, und Gesetzgebern erbitten werden. Diese Classe hält sich nicht allein an das Römische Recht; sie verbindet mit demselben das Deutsche, und mit diesem das Provinzial- und statutarische Recht; sie berichtigt die Begriffe, die man an der Tiber mit den rechtlichen Gegenständen verband, durch diejenigen welche ihr Land, ihre Provinz an dieselben knüpfet; sie verachtet sogar nicht, die in den Gerichten bisher angenommenen Meynungen in streitigen Fragen, die Observanzen, den stylum curiae zu Rath zu ziehen, und hält es für eben so lächerlich, im achtzehnten Jahrhundert den Scabinus vom zehnten oder eilften zu machen, als nun zu richten wie die Antecessoren zu Justinians Zeiten zu richten befohlen hatten; oder vielleicht gar das Gesetz den philosopischen Räsonnements des Plato, Aristoteles und Montesquieu zu unterwerfen.

Es würde mehr Beredtsamkeit dazu gehören, wenn die Theoretiker diese weise Rechts-

Gelehrten von ihren GrundSätzen wegsophistisiren wollten, als man vielleicht brauchte unsere neuen Emileschöpfer zu dem Erziehungs-System des Popischen Martinus Scriblerus zu bringen. Aber wenn ich nicht sehr irre, so sind auch die Theoretiker weit entfernt, solche Ansprüche zu machen; und eben in der Absicht, diese Ansprüche auf ihre richtigen Gränzen zurückzuführen, habe ich es für nöthig gehalten, daß vor allen Dingen der eigentliche Punct des Streits festgesetzt werde.

Ich halte die Theoretiker, sowohl die von der ersten Classe, als die von der dritten, bey weitem nicht für so verirrt in ihrer Verblendung, daß sie ihre philosophische, oder ihre Römische Jurisprudenz unsern neuen Deutschen GerichtsHöfen aufdringen wollten. Sie können, dünkt mich, mehr nicht verlangen, als **daß man, um die Rechte practisch anzuwenden, und um sogar neue Rechte festzusetzen, sowohl die Philosophie der Gesetze, als die Römische Jurisprudenz studirt haben müsse.**

Den philosophischen Juristen wird man vielleicht ihre Ansprüche am ersten nachsehen: denn schon lange macht man es zu einem HauptErforderniß des Juristen, daß er das,

was man uns für Recht der Natur verkauft, gleich bey dem Eintritt seiner LaufBahn lernen soll. Auch dem Römischen Theoretiker wird man, so lange Justinians Gesetz'Buch noch ein SupplementenCodex bleibt, bey Formirung des jungen Juristen ein Wort mit zu reden erlauben. Jenem aber, und noch mehr diesem, will man mehr nicht als höchstens einige Brosame aus seiner Theorie herüber zu tragen verstatten; und wenn er nicht immer den usus hodiernus gleich einer clausulae salutaris seinen Sätzen anhängt, so hält man ihn für einen grillenhaften Pedanten, der die jungen Leute um ihre Zeit und ihren Fleiß betrügt.

Was der philosophische Jurist hierauf zu antworten hat, das ist so oft wiederholt worden, als man auf das veram non simulatam philosophiam adfectantes des Ulpianus stieß; und ob sich gleich auch darüber noch manches sagen ließe, so wollen wir doch diese Classe der Theoretiker dermahl sich selbst überlassen, und uns begnügen das wichtigste zu bemerken, was die Römischen Theoretiker für sich anführen können.

Mich dünkt, wenn beide Partieen, die Theoretiker sowohl, als die theoretischen

Prac-

Practiker, sich durch die mühsame Compilation des Justinianus nicht hätten verführen lassen, die gesetzgebende Rechts-Wissenschaft mit der richterlichen, so genau sie ihren Unterschied in der Theorie angaben, doch in der Praxis zu verwechseln; so würde dieser Streit vielleicht nie entstanden seyn. Es ist nicht unbekannt, daß von Anfang der Römischen Republik bis in die ersten Zeiten der Kaiser ein Theil der gesetzgebenden Gewalt, unter dem Namen imperium, den Magistraten, welche die Jurisdiction ausübten, zukam. Die ersten Römischen Könige hatten diese gesetzgebende und richterliche Gewalt in einem hohen Grad, und die Mitwirkung des Senates, und zumahl des Volks, war so gering, daß sie beynahe ganz von der Willkühr der Könige abhing. Denn, obgleich Dionys von Halikarnaß im II. B. 12. Cap. seiner Römischen Alterthümer sehr richtig bemerkt, daß die alten Könige, sowohl die welche nach der Erbfolge regierten, als diejenigen welche das Volk erwählte, immer, wie Homer von den ältesten Monarchen bezeugte, den Rath der Weisesten und Besten ihres Volks befragten, ehe sie etwas Wichtiges unternahmen, und nicht, setzt er hinzu, wie heut zu Tage, alles nach ihrem Eigensinn und Eigendünkel beschlossen; so gesteht er doch im 12. Capitel

ein, daß Romulus die Aufrechthaltung der Gesetze und der våterlichen Sitten für einen Theil seines KönigsRechtes angesehen; daß er alles entweder nach dem Licht der Vernunft, oder nach den Verträgen geschlichtet und angeordnet; die Gerichte auch in den wichtigsten Fällen sich selbst vorbehalten, die geringen Dinge aber dem Senat übergeben, und nur Vorsorge getragen habe, daß da keine Unterschleife vorfielen. In dem nehmlichen Capitel giebt zwar eben dieser Schriftsteller dem Volk das Recht, Gesetze zu geben, Magistrate zu wählen, und Krieg zu beschließen. Er setzt aber ausdrücklich hinzu, daß des Königs Einwilligung und die Autorität des Raths dazu gehört; und mit dieser Stelle des Dionys stimmt des Pomponius "Omnia manibus regum gubernabantur" und die Meinung aller Römischen Geschichtschreiber überein.

Servius Tullius begab sich eines Theils dieses KönigsRechts, und setzte aus dem Volk Richter für PrivatSachen, welchen er gewisse Regeln vorschrieb, nach welchen gerichtet werden sollte; wie eben dieser Dionys. Hal. L. IV. C. 25. erzählt. Dieser König scheint also zuerst die Jurisdiction von dem imperio so weit getrennt zu haben.

Nach

Nach der Vertreibung der Könige, kamen beide wieder in die Hand der Consuln zusammen, und die Prätoren erhielten beide nach ihnen, bis wenigstens zu den Zeiten der Kaiser, die freylich den Prätoren ihr imperium nicht wenig beschnitten haben. In der Folge der Zeit fiel die Jurisdiction sogar in die Hände der MunicipalObrigkeiten, und mit dem Fall der Römischen MagistratsWürde mußte natürlich auch ihre Gewalt, Edicte zu geben, aufhören, von welcher ihnen unter dem Hadrian schon kein Schein mehr übrig geblieben war.

In dem Zwischenraum der Epoche vom Romulus bis zum August, ist es natürlich, daß Rom wenig bürgerliche Gesetze brauchte. Denn da die Könige, die Consuln und die Prätoren das imperium hatten, so brauchten sie in einzelnen Fällen nur ihren Verstand über das was recht und billig ist, zu Rath zu ziehen; und einen Theil dieser Arbeit nahmen ihnen die Arbitern und Recuperatoren ab; was aber zum Facto selbst gehörte, darüber urtheilten die iudices pedanei.

Sowohl die Prätoren, als diese iudices pedanii, arbitri, und recuperatores, brauchten hingegen eine Anweisung, wie sie entweder die gegebenen wenigen Gesetze anwenden, oder

wie sie die Billigkeit in den vorkommenden Fällen finden sollten. Diese Anweisung nun gaben Anfangs die alten Römer selbst den Jünglingen, die entweder als Redner oder als Patroni die Parteyen vertreten wollten, oder die zu Richtern erwählt und gegeben zu werden verlangten. Nachher fing man an solche Erklärungen der Gesetze und UrtheilsGründe in einzelnen Fällen niederzuschreiben, und daher entstanden die Werke, deren Fragmente in unsern Pandekten aufbehalten worden sind.

Alle diese Schriften sollten nichts weniger als Gesetze werden. Sie waren nur was unsere heutigen hodegetae forenses, oeconomiae Iuris, commentarii legum und dergl. seyn sollen, und man darf nur ein paar Titel, sonderlich in dem ersten Buch der Pandekten, oder die, de praesumtionibus, de fide instrumentorum, testibus, probationibus, familiae hercifcundae, — doch was nenne ich welche? wie ich einen niederschreibe fallen mir zehen ein; man darf nur diese lesen, so findet man in allen eigentlich nichts, als Anweisungen für die Richter wie sie die Gesetze anwenden sollen, selten Gesetze, oder nur Stoff zu Gesetzen.

Alle diese Ueberbleibsel der Römischen RechtsGelehrten geben uns nun gerade das,

was ein künftiger Richter oder Sachwalter braucht, um sich zu seinem Beruf zu bilden; nehmlich 1) Gesetze, 2) Anleitung zur Auslegung der Gesetze, 3) Auslegung selbst, und 4) Anleitung zur Anwendung der Gesetze. Wenn z. B. das Gesetz sagt: wer gleiches Recht an ein gemeinschaftliches Object hat, muß in der Theilung auch gleichen Theil bekommen; so lehrt *fr.* 1. D. 10, 3. daß hier andere Regeln als bey der Trennung einer Societät anzuwenden sind, weil diese sich weiter erstreckt als die Gemeinschaft. *fr.* 2. §. 1. weist den Richter an, wer am natürlichsten in den iudiciis divisoriis den Kläger vorstellt. *fr.* 3. bestimmt den Begriff der Gemeinschaft eines Objects näher, und nimmt den Fall eines Vertrags von dem generellen Gesetz der Gleichheit aus, weil dieser Fall nach einem andern Gesetz allen Gesetzen vorgeht. *fr.* 4. et 5. geht noch näher in das Detail, und zeigt in wie fern die Rechte, die ein Theil nicht aus der Gemeinschaft hat, zu dieser Gemeinschaft gezogen werden können oder nicht. *fr.* 6. lehrt, wie auch aus einer vermeinten Gemeinschaft eine Klage, die der TheilungsKlage ähnlich ist, geduldet werden kann; dann bringt dieses Gesetz eine Menge Beyspiele an, wie das allgemeine Gesetz von der Theilung des Gemeinschaftlichen anzuwenden sey; und so geht der

ganze Titel fort mit lauter Anweisungen, wie das einzige Gesetz der Theilung des Gemeinschaftlichen in den vorkommenden Fällen applicirt werden müsse. — Und zwar, Anweisungen, die nicht der Gesetzgeber, sondern die der Rechtsgelehrte Philosoph erfunden, und die nur ein grober Mißverstand zu Gesetzen gemacht hat.

Wollte man das ganze Corpus Juris durchlaufen, und die Sätze dieser Art von den wahren Gesetzen unterscheiden, so würde das schwere Volumen zu einem so kleinen Gesetzbuch zusammengezogen werden, daß es vielleicht kaum so groß als ein Musen Calender seyn würde. Aber, gewiß ist es auch, daß alsdann Richter und Advocaten sich selten in dasselbe würden schicken können. Soll nun aber diesen doch genützt werden, so muß man ihnen, neben dem Gesetz, auch eine Anweisung zum Gebrauch desselben geben.

Nun meyne ich, ich höre die Römischen Theoretiker fragen: woher wollt Ihr diese Anweisung nehmen? — Aus euren neuen GesetzBüchern?

Gut, wir wollen; zeigt uns aber eins, das so ganz, so innig zusammenhängt, das aus einem so vielleicht künstlichen, aber doch so vortrefflich übereinstimmenden System geflossen

flossen wäre als das Römische. Spottet wie Ihr wollt über der Römer capitis deminutionem, ihr postliminium, ihre contractus bonae fidei et stricti juris, u. s. w.; Ihr seht doch, daß dieses Volk, ehe Justinian sein System verwirrte, sich überall getreu, überall consistent war, und daß, wenn es einmahl eine Idee festgesetzt hatte, es nie davon abwich, ohne selbst diese Abweichung nach einer eben so festen Regel zu behandeln. Hatten sie einmahl eine Art von Klagen bestimmt, und es paßte ein Fall nicht genau in das Modell: so mußte ihnen die actio vtilis zu Statten kommen; hatten sie einmahl einem Contract einen Namen gegeben, so konnte eine nur im Geringsten abweichende Verschiedenheit nicht nach seinen Regeln beurtheilt werden. Dieser Geist der Ordnung, und der Festigkeit ihrer Begriffe, zwang freylich die Römer manchmahl zu Subtilitäten; aber er machte es dagegen auch möglich, daß ihre Jurisprudenz ein System wurde, das wir, so verlöchert es Justinian hingestellt hat, uns nicht enthalten können zu verehren, und das wir für ein Meisterstück der menschlichen Kunst halten würden, wenn nicht Tribonian Barbar genug gewesen wäre, uns die Weisheit seiner Vorwelt aus den Händen zu spielen.

Schwerlich — werden die Theoretiker zu Vertheidigung ihres Lieblings fortfahren — schwerlich werdet Ihr es wagen, eure Gesetzbücher für so ganz vollständig, so in sich zusammenhangend auszugeben, wie das Römische Gesetzbuch auch in seiner Entstellung erscheint. Denn wenn auch, wie wir gern glauben wollen, eure Weisheit und euer Scharfsinn dem Geist des Ulpianus, Paulus, u. s. w. gleich kommt, oder ihn noch übertrifft, so habt Ihr doch immer noch mit so vielen Deutschen Rechten, Gewohnheiten, Formen, mit so vielen Statuten, LandRechten, GerichtsGebräuchen u. s. w. zu streiten, daß Ihr oft wider Willen Lappen an einander stückeln müßset, die nie für einander gewebt wurden. Und, wenn es noch so gut geht, so müßt Ihr wenigstens für jedes Land von 10 Meilen, sechsbis siebenerley Codices haben, deren keiner dem andern gleich sieht.

Wollt Ihr nun aber haben, daß eure Jünglinge vollständige Begriffe von allen möglichen rechtlichen Objecten erhalten sollen; wollt Ihr, daß diese Begriffe fest und innig mit einander verbunden seyn sollen; wollt Ihr, daß sie bis in ihre kleinsten Ramificationen verfolgt, ihre feinsten Unterschiede ihnen klar gemacht werden sollen; wollt Ihr, daß eure künftigen Juristen

selbst die philosophische Jurisprudenz, die weit mehr ist als das ius naturae, das man euch dafür verkauft, recht inne haben; daß sie ihre Logik, mit möglichster Genauigkeit, der Rechts-Wissenschaft anpassen lernen; daß sie diese, sammt ihren juristischen Begriffen, auf die möglichst individuellen Geschäfte anwenden lernen: so müßt Ihr allen Unterricht der Jurisprudenz mit einem ganz vollständigen RechtsSystem anfangen, das überall zusammenpaßt, und das euch nur wenige Gesetze, aber desto mehrere, desto mannichfaltigere Regeln der Anwendung, der Erklärung, der Bestimmung dieser Gesetze vorlegt. Haben eure Jünglinge ein solches System eines durchaus in Ansehung seines Locals, seines Personals, seiner Constitution bestimmten Volks ganz durch studirt; dann hat jeder von ihnen in dem Lande, wo er die RechtsWissenschaft üben soll, beinahe nur die Coulissen zu verändern, um ein vollkommner Acteur zu seyn. Wo ist nun aber ein so vollständiges, so durchgedachtes, so durch eine Anwendung vieler Jahrhunderte auspolirtes RechtsSystem zu finden, als in dem Römischen GesetzBuch?

Welchen Staat wollt Ihr idealisiren, dem Ihr ein solches GesetzBuch andichten könntet? Werden eure poetischen Ideen diesen Staat

so

so individualisiren können, als der wahre Lauf der Dinge und die scharfsinnigsten Köpfe etlicher Jahrhunderte den Römischen Staat und die Geschäfte seiner Bürger idealisirt hat? Wollt Ihr aus den jetzt existirenden Staaten einen zum Grunde legen? Wo ist einer, der so ganz, so groß, so einförmig in seinen Rechten und Gebräuchen wäre? wo eine solche Mannichfaltigkeit von rechtlichen Gegenständen vorgekommen wäre, die alle nach einem System könnten beurtheilt werden? Oder, fändet Ihr auch einen solchen Staat, wo nähmt Ihr die Nachrichten her, wie dieser Staat seit mehreren Jahrhunderten die in ihm vorgefallenen RechtsGeschäfte behandelt, sein System durch sie abgeschliffen, und in einander gefügt habe? Findet Ihr aber auch das in einem Staat in Norden oder Süden; würde nicht denn doch der Jurist aus Osten oder Westen euch eben das vorwerfen können, was Ihr uns vorwerft, daß wir im Herzen von Deutschland Römische Juristen ziehen wollten? denn der Römische Jurist würde überall nicht fremder seyn, als der Nordische in Süden, Westen, oder Osten wäre.

Doch, würden die Römischen Theoretiker fortfahren: wenn wir eure Jünglinge etwa ein Chinesisches ius civile lehrten, oder, wenn

wir ein AltGriechisches Corpus juris aus Athen oder Corinth, bloß wegen seiner Vollständigkeit, und wegen der engen Verbindung seines Systems, zu studiren rathen wollten: so würden wir vielleicht nicht mehr zu tadeln seyn, weil in einem solchen System für die Practik vielleicht mehr nicht brauchbar wäre, als was in einem logico-practicum, oder in einem jeden collegio juris naturae, auch zu hören und zu lernen wäre. Das ist aber bey weitem nicht unser Fall. Ein großer, vielleicht der größte Theil von Europa, wenigstens gewiß ganz Deutschland, hat das Römische Gesetzbuch zum Supplement seiner Gesetzbücher angenommen; es wird kein Statut, kein ProvinzialRecht in Deutschland mehr üblich seyn, wo nicht die sichtbarsten Spuren des Römischen Rechtes vorkommen. Viele sind, wo nicht aus dem Corpus Juris, doch aus den zu Zeit ihrer Entstehung üblichen Compendien des Römischen Rechts, so wörtlich übersetzt, daß sie noch von benamsten und unbenamsten Contracten, von gratuiten commodatis und mandatis, wo nicht gar von Stipulationen und legis actionen, Latinis Junianis und statu liberis reden. Die Kenntniß des Römischen RechtsSystems ist also in Deutschland so unentbehrlich, als sie es seyn würde, wenn wir gar kein eigenthümliches

Recht

Recht hätten: denn wir sehen nicht, wie man die Fragmente einer Form aus andern Formen ergänzen soll, wenn man nicht beide Formen durchaus studirt hat.

Die Klagen, fahren die Theoretiker fort, über die Römischen Juristen, welche die Römischen FideiCommisse mit den Deutschen StammGüterRechten, die Römischen Emphyteusen mit den Deutschen ErbzinsGütern verwechselten, und dergl. Mißgriffe mehrere machten, fallen nicht uns, sondern sie fallen denen zur Last, welche der Deutschen und der Römischen Rechte gleich unkundig waren. Das Römische FideiCommiß hat so einen bestimmten Character, vor und nach dem August, vor und nach dem Justinian gehabt, daß die Juristen, wenn sie dasselbe mit den Deutschen StammGütern verwechselten, entweder diesen Character nicht gekannt haben, oder, daß es ihnen an hinlänglichen Beweisen von den Deutschen ungeschriebenen Rechten gefehlt haben muß. Gerade um diese und dergleichen Irrthümer zu verhindern, ist eine genaue Kenntniß des Römischen Rechts in seinem ganzen Zusammenhang, und allen seinen Theilen nöthig. Sie ist dem Gesetzgeber nöthig, damit er nicht mit dem, was er in einem Theil verändert, zehen andere Theile der Jurisprudenz

denz, die er unverändert lassen will, umstoße. Sie ist dem Richter nöthig, damit er wisse, wie er sein Statut verstehen oder ergänzen soll. Sie ist dem Advocaten nöthig, damit er sich durch ein aus dem Römischen System gerissenes Gesetz nicht da verführen lasse, wo dieses System nicht anzuwenden ist. Und eure compendia Romano-Germanica befreyen euch so wenig von diesem Studium, als die Pharmakopöe und materia medica den Arzt von dem Studium der Botanik und der Chemie befreyt. Der Arzt, der neulich zwanzigerley Kräuter verschrieb, die man verbrennen und deren Asche man seinem Patienten eingeben solle, würde sich mit Pottasche oder Alkali begnügt haben, wenn er die Chemie verstanden hätte; und wer das Römische und Deutsche System genau studirt hat, wird sich zwanzigerley usus modernos aus einem einzigen Unterschied eines Rechts-principii erklärt haben. Warum studiren unsre Christlichen Theologen die Israelitische Religion? Ist es nicht, weil sie zurückgehen wollen auf die Quellen ihres neuen Systems, um dieses richtiger zu verstehen? Was ist aber unsre heutige iurisprudentia romano-germanica anders, als ein Ausfluß aus Römischen und Deutschen Quellen? Oder vielmehr: was müssen unsre heutigen Gesetzgeber um Gesetze zu machen,

unsre Richter um Recht zu sprechen, unsre Advocaten um ihre Parteyen zu vertheidigen, anders thun, als ihre Arzneyen des kranken Rechts aus Römischen und Deutschen und statutarischen Droguen mischen? Wie wollen sie aber diese wählen, wie ihre Verhältnisse, wie ihre Compatibilität mit einiger Sicherheit erkennen, wenn sie nicht das Römische Recht, und was von dem Deutschen sich auf GrundSätze zurückführen läßt, seinen Grund-Sätzen und deren Zusammenhang nach, deutlich erkannt haben?

Dieses alles und noch mehr können, glaube ich, die Theoretiker der dritten Classe für sich anführen; und wenn die theoretisch-practischen Juristen das sind, wofür sie sich ausgeben, so dünkt mich, sie müssen nicht allein ihre Brüderschaft erkennen, sondern auch diesen ihren Brüdern ihre Mühe verdanken, und, wie Pythagoras keinen Schüler annahm, der nicht ein Geometer war, auch zu ihren τελεσμοις Keinen zulassen, der nicht ein Römischer Jurist im reinsten Verstande geworden ist. Denn die Theoretiker scheinen mir mehr nicht zu verlangen, als daß man ihre Wissenschaft zu einer nothwendigen Vorbereitungs-Wissenschaft der künftigen Juristen mache; und diesen Anspruch unterstützen dünkt mich auf das unwiderleglich-

ste

ste die zwei HauptGründe, welche ich bisher in ihrer Person ausgeführt habe, nehmlich: 1) weil das Römische System ein vollständiges, zusammenhängendes RechtsSystem ist, dergleichen wir keines haben; und 2) weil die in den Gerichten üblichen Rechte ohne eine vollständige Kenntniß dieses Römischen Systems weder verbessert, noch begriffen, noch mit Sicherheit angewendet werden können. Dieser Anspruch also, und die Beurtheilung dieser Gründe, scheinen mir der HauptPunct des Streites zu seyn; und jemehr ich demselben nachdenke, desto mehr glaube ich, daß die Theoretiker in ihren Ansprüchen sehr gegründet sind.

Das einzige, was ihnen indeß, der Stärke ihrer Gründe ungeachtet, im Weg stehen könnte, möchte der ZeitAufwand seyn, den ein solches Studium erfordert. Diesen Streit haben aber die Theoretiker nicht mit den übrigen Juristen, sondern sie haben ihn mit dem Publicum zu führen; mit den Vätern, Vormündern, Patronen, Mäzenen, Hofmeistern, die gerne auf das allergeschwindeste des Aufwandes und der Mühe überhoben sind, welche die Erziehung der studierenden Jugend erfordert. Sie haben ihn mit dieser Jugend selbst zu führen, welche den Augenblick nicht erwar-

ten kann, der sie zu Stützen der Kirche, oder des Staates, zu Männern, zu selbstständigen Schauspielern der großen MenschenComödie macht. Sie haben ihn endlich sogar auch mit dem so zahlreichen Corps der modernen Philosophen auszumachen, welche alle Wissenschaften für Pedanterie halten, und sich einbilden, daß das was sie MenschenSinn nennen, von allem Wissen losspreche, und allen Geschäften des Lebens seine Seele gebe.

Ich zweifle fast, ob die theoretischen Juristen mit allen diesen Gegnern fertig werden können: denn sie haben hier mit beinahe allen Leidenschaften der unheiligen Menge, mit allen ihren Fehlern, mit ihrem Stolz, ihrem Geiz, ihrem Unverstand, ihrer Unwissenheit, ihren Vorurtheilen zu kämpfen; und diesen ihren fürchterlichen Feinden hat sogar noch die AfterPhilosophie, ich weiß nicht welche magischen Säfte und Pulver gegeben, die ihre tiefste Dummheit wie Verstand, ihren Unsinn wie Weisheit, und ihre Laster wie Tugend aussehen macht.

Zum guten Glück haben die theoretischen Juristen hier alle andere Facultäten auf ihrer Seite; denn alle sind gezwungen, nach der jetzigen Lage der Dinge, diejenigen Jünglinge, welche

welche sie in das wahre Heiligthum ihrer Wissenschaften führen wollen, durch so viele NebenWege zu leiten, daß keine den Ansprüchen der eilfertigen Jünglinge entsprechen kann.

Es ist schon so viel über die Eilfertigkeit, mit welcher die meisten Eltern ihre Kinder zu Männern machen wollen, geklagt worden; die Kanzel, der Gerichtshof, das Kranken-Bett, selbst die LehrStühle der Professoren haben schon so viel unter der Hand der unerfahrnen kindischen Jugend gelitten, welcher sie Preis gegeben worden sind; selbst unsere Communen, Städte und Dörfer, haben durch die Unmündigkeit ihrer Bürger, unsre Familien durch die kindische Albernheit unsrer HausVäter, so viel Schaden gehabt, daß man hoffen kann, die nächste Generation werde von sich selbst müde werden, MännerPlätze mit JünglingsKöpfen zu besetzen. Und sollte die Weisheit auch diese Generation nicht so weit führen: so wird es der natürliche Lauf der Dinge thun. Denn die Väter, die, noch warm von der Ammie, schon wieder um Ammen für ihre Söhne besorgt seyn mußten, werden diesen nicht so bald Platz machen. Aber die Wissenschaften werden durch diese Revolution doch so lange nichts gewinnen, bis man uns überzeugt hat, daß nur eine lange mühselige Reise in ihr Heiligthum führen kann.

Seitdem auf der einen Seite die sogen. schöne Gesellschaft so vielen Anspruch auf gelehrte Kenntnisse gemacht, und unsere Erzieher ihr versprochen haben, sie und ihre Kinder spielend mit einem unerschöpflichen Reichthum derselben anzufüllen; und seitdem auf der andern Seite die s. g. Physiokratisten die ganze RegierungsKunst, Gesetzgebung, Politik, und Finanz in ein halbes Dutzend Maximen zu bringen sich bemüht haben: seitdem hat die Trägheit und der Eigendünkel der Menschen zwey Masken gefunden, hinter welchen man sie kaum erkennen, kaum, ohne die größte Aufmerksamkeit, vermuthen kann.

Beide diese Secten haben die ehrwürdigsten Menschen an ihrer Spitze gehabt: einen Rousseau, Quesnay, Bodeau, Terray, Mirabeau; und es ist für einen gut gebohrnen Menschen schwer, sich nicht in ihre Ideale zu verlieben. Die Nachahmer und Schüler dieser edlen Menschen aber haben, was diese, bloß als Ideal, ans Ende der LaufBahn hinstellten, gleich an den Anfang der Schranken getragen, und heute wirklich machen wollen was die weisesten Menschen aller Nationen, mit der größten Anstrengung und der treusten Beharrlichkeit, erst nach Jahrhunderten kaum vorbereiten können. Mit der Erziehung, womit Rous-

Rousseau seinen NaturMenschen zum Bürger einer unschuldsvollen Welt bildet, wollen sie Bürger und GeschäftsMänner für das achtzehnte Jahrhundert bilden; und mitten in der Schlechtigkeit der meisten StaatsVerfassungen, mitten im Schooß des überspanntesten Despotismus, und der schlechtesten Sklaven-Mühseligkeit, wollen die Schüler der Physiokratisten den geraden Gang der Natur predigen, den ihre Meister nur, in beynahe unabsehbarer Ferne, zeigten. Mich dünkt, wer den Papst Alexander zum Anachoreten machen, und die Platonische Republik in Paris einführen wollte, müßte wahrscheinlich manche Vorbereitungen machen, manche Uebergänge suchen, manche RuhePuncte verstatten.

Ich weiß nicht, ob es unsern Nachkommen vergönnt ist, je die größte MenschenWeisheit, ohne Beyschlag von eitlem Wissen, unnützen Untersuchungen, zweckloser Neugierde, zu besitzen; ich weiß nicht, ob wir je eine Politik zu hoffen haben, welche die höchste MenschenFreyheit mit der höchsten bürgerlichen Glückseligkeit vereinigen kann. Ich weiß nicht, ob wir so viele Ulpiane, Paule, Scävolas u. s. w haben, oder bekommen werden, die unsere RechtsWissenschaft, ohne von den alten Ulpianen zu erborgen, selbst zu

einem zweckmäßigen, harmonischen festen System verbinden können: aber das weiß ich, daß wir jetzt noch weit von dem ZeitPunct entfernt sind, in welchem wir, jeder an seinem Ort, im Stande wären, das Schöne, das Gute, das Gerechte selbst zu finden, in sich zu beschauen, und uns ohne Umschweife dasselbe zu eigen zu machen; das weiß ich, daß unsere Wissenschaften alle noch kein unter uns gewachsener Fels, sondern nur ein sehr lückenhaftes Mosaik sind, dessen Theile wir noch lange mühsam aus allen ZeitAltern und allen Winkeln der Erde zusammensuchen müssen, und daß wir glücklich genug sind, wenn wir nur diese mit einiger Haltbarkeit, und ohne völlige Verdunkelung ihres Glanzes, zusammenverkitten können. Mehr als das uns anzumaßen, verbietet uns nicht allein die Weisheit unserer SelbstErkenntniß; sondern selbst unser Drang nach einem bessern, selbstständigern einheimischen Eigenthum nöthigt uns noch lange in dem Schlechtern zu arbeiten. Der beste Tänzer wird viele ungeschickte Sprünge machen, wenn er sich aus einem Morast erretten will; und der Arzt, der nur den gesunden Körper, nicht auch den kranken kennt, wird immer ein schlechter Arzt seyn, und sicher wird er den Kränkelnden krank machen, wenn

er

er ihm eben die Diät vorschreibt, die er den Gesunden empfiehlt.

Man putzet nicht in einigen Minuten
Den Rost von vielen Säklen ab.
(Alxinger.)

Das, glaube ich, kann der MenschenSinn unsern Verbesserern und Aufklärern; das können alle vier Facultäten den Philosophen antworten, die sie tadeln, daß sie ihre Jugend nicht geradezu auf ihren Zweck der Weisheit hinführen — Den HandwerksMann aber, der weder einen geraden, noch einen andern Weg zur Weisheit, sondern der nur den kürzesten und bequemsten Weg zur Kunst, Geld zu verdienen, sucht, den müssen sie auf die Herberge weisen.

VII.
Vorläufige Nachricht
wegen der
civilistischen Manuscripte
im Brittischen Museum
von
Herrn Planta in London. (S. 109—116.)

Wer nur einigermaßen eine Idee davon hat, wie höchst wichtig es für das Studium des Römischen Rechts wäre, wenn noch mehr vollständige Schriften der juristischen Classiker, woraus die Pandecten excerpirt sind, entdeckt würden, dem muß es gewiß auffallen, daß schon seit mehr als funfzig Jahren im juristischen Publicum eine bestimmte Nachricht, wo solche Schriften zu finden seyen, circulirt, ohne daß, meines Wissens, weder der erste Mittheiler dieser Nachricht, noch irgend einer von seinen Lesern sich im mindesten bemühte, die gefundene Spur weiter zu verfolgen.

folgen. Ein allgemein bekannter Schriftsteller, der selige Geheime Rath **Heineccius**, sagt in seiner Apologie für Justinians Compilation: (*) "Zum Beweise wie grundlos „die vorgebliche Vertilgung der ächten Werke „sey, darf man sich nur an die herrlichen „Fragmente von **Cajus, Paulus** und **Ulpian** erinnern, die wir noch jetzt haben, „und vermuthlich sind noch ähnliche in irgend „einer Bibliothek verborgen. So erinnere ich „mich im *Catalogus codicum MSC. Angliae*, „*Scotiae et Hiberniae* einige kleine Schriften, „von **Ulpian**, oder von **Paulus**, gefunden zu „haben, von denen ich entweder die Existenz „nicht wußte, oder die ich doch längst für ver„loren

(*) Accedit, quod — librorum Caii, Vlpiani, Pavlli fragmenta luculentissima superfuerunt et hodie quoque supersunt, et fortassis alicubi latitant aliqua, quae satis refellunt commentum de libris Jureconsultorum omnibus a Triboniano eiusque sociis nefarie combustis. Memini sane in Catalogo codicum MSC. Angliae, Scotiae ac Hiberniae me notare quaedam opuscula siue Vlpiani, siue Pavlli, quae vel non exstitisse vnquam, vel dudum periisse putaram." *Defensio compilationis iuris Romani*, die als Vorrede zum Corpus Juris erschien, und in der Genfer Ausgabe seiner Werke Tom. III. Syll. 3. n. X. enthalten ist, S. 158.

„loren hielt." Weder Heineccius, noch irgend einer von seinen Lesern, muß eine Connexion nach England gehabt, oder es sonst für möglich gehalten haben, diese Angabe zu verificiren. So unwahrscheinlich diese Hypothese auch ist, zumahl wenn man bedenkt, daß ja auch in den Deutschen Staaten des Königs von England mehr als ein Leser von Heineccius lebte, — so ist sie doch der einzige Ausweg, um nicht anzunehmen, daß so viele große Civilisten, mit einer unbegreiflichen Sorglosigkeit, die ganze Sache nicht einmahl der Nachfrage werth gehalten haben.

Manchen fehlte vielleicht schon der Catalog, auf welchen Heineccius sich beruft, und ohne diesen wäre freylich alles weitere Nachforschen gar sehr erschwert. H. selbst citirt ihn offenbar nur aus dem Gedächtnisse, wie man theils aus dem Zusatze *Scotiae* auf dem Titel, theils an seinem *siue* Vlpiani *siue* Pavlli sieht. Bey der hiesigen Universitäts-Bibliothek war es freylich nicht schwer, das Buch zu erhalten, und daraus ergab sich denn, daß von Julius Paullus nichts darin vorkommt, als zwey eben auch noch nicht verglichene Handschriften des breuiarium Alaricianum, wo bekanntlich hinter dem Theodosischen Codex auch die abgekürzten receptae sententiae stehen.

hen. Hingegen unter Ulpian's Nahmen war angeführt:

Tom. II P. I. n. 7695. Biblioth. Rob. Burscough n. 76. VLPIANVS de edendis actionibus et quaedam descriptiones iuri consonae.

Ib. n. 8440. Biblioth. Iacobaea n. 718. VLPIANVS de iudiciis.

Es kam nun darauf an, von diesen beiden Bibliotheken Erkundigung einzuziehen. Zum Glücke war die Anfrage schon nach London abgegangen, als ein hiesiger Gelehrter, der die Unzuverlässigkeit der meisten Verzeichnisse von Handschriften aus längerer Erfahrung kannte, mir durch eine einzige sehr natürliche Bemerkung alle Lust zum Nachfragen benahm, durch die nehmlich, daß der Titel in den Pandecten II. 13. de edendo und V. 1. de iudiciis gerade mit Stellen aus Ulpian anfangen. Nichts war nun wahrscheinlicher, als daß beide Handschriften nur falsch betitelte Stücke der Pandecten seyen, und der Pandecten Manuscripte haben wir eine Legion. Zum Glücke war aber, wie gesagt, die Anfrage schon abgegangen, da diese Bemerkung mir allen Muth benahm; und zum noch größern Glücke kam sie gerade an einen Mann,

den

den selbst die schleunige Zurücknahme meiner Bitte nicht abhielt, die Spur zu verfolgen, welche er gefunden hatte. Mit einem Eifer, der bei jedem GeschäftsManne höchst verdienstlich wäre, und der vollends bey einem mit Arbeiten so überhäuften GeschäftsManne beynahe einzig in seiner Art ist, unterzog sich Herr Geheime Secretär Best der Bemühung, die Handschriften des Brittischen Museums gemeinschaftlich mit Herrn Planta zu durchgehen; und hier ist einstweilen der Aufsatz dieses Letztern über das Resultat ihrer Untersuchungen. Ob es gleich nur eine vorläufige Nachricht ist, und ob es sich gleich erst zeigen muß, wie wichtig oder unwichtig das gefundene Manuscript sey, so trage ich doch kein Bedenken meinen Lesern die Freude oder auch nur die freylich noch ungewissen Erwartungen mitzutheilen, wozu wir jetzt schon berechtigt sind. Der Erfolg mag seyn, welcher er will, so ist es mir doch höchst angenehm, wenigstens die Angabe von Heineccius berichtigen, und den gütigen Beförderern dieses Versuchs öffentlich danken zu können. Ich gestehe, daß ich eine reiche Ausbeute auch deswegen von ganzem Herzen wünsche, damit der Gebrauch alter Handschriften unter den Civilisten wieder etwas mehr Mode werde, als er schon lange gewesen zu seyn scheint. Was wäre unser

Pan-

Pandecten Recht, wenn kein Dů Tillet die Fragmente Ulpian's herausgegeben hätte; und sollte es ganz unmöglich seyn, ähnliche Ueberbleibsel zu entdecken, zumahl in England, wo man noch so wenig für das Römische Recht gethan hat? Die bloße Möglichkeit sollte aber hinreichen, uns ungeachtet hundert mißlungener Versuche thätig zu erhalten, auf dem Wege, auf welchem doch ganz unvergleichbar mehr, als auf jedem andern, für unser Studium gethan werden kann.

The MSS. described by *Junius* under the Title of *Bibliotheca Jacobaea* are those of the King's Library now deposited in the British Museum. The Article he has entered under the Title of VLPIANVS *de Judiciis* is not however among them. — Unless it hath been purloined, as has been the case with many of the MSS. and books of that Library, before it was removed from Westminster, it is likely that *Junius* made a Mistake in the Title. — There is a small anonymous Tract of the 14th Century, which begins *Antequam de processu Judicii tractemus primitus est notandum quid sit Judicium.* — At the end is the Colophon *Explicit modicus tractatus de processu Judicii.* It is possible that

that *Junius* may have aſcribed this to VLPIAN, but it bears no reſemblance to any thing that is contained in the Pandects under the title *de Judiciis*.

There is in the HARLEIAN Library in the Muſeum a neat MS. of about the 13th or 14th Century, entitled: VLPIANVS *de edendo*. It begins *Quoniam ea quae in civilibus negotiis frequenter accidunt ſcire perutile eſt* — Then follow about 50 ſhort lines *de ingreſſu litum*. — And then a new Rubric *de in jus vocando.* The whole Tract conſiſts of 18 ſmall Quarto pages, written in two Columns, with ſeveral marginal Notes. —

There are ſeveral MSS. of the Pandects in the Muſeum, all in the Neogothic character of the XIV Century, and with copious Notes on the Margins; but theſe are by no means uncommon.

VIII.

VIII.
Recensionen des Verfassers in den Göttingischen Anzeigen 1789.
(S. 116—125.)

In der Recension von Galvani de usufructu war bemerkt worden, daß Bach hist. iurispr. Rom. S. 708. diesen Schriftsteller "mit Vor- und Zunahmen als den ältesten nicht barbarischen Juristen in Frankreich, als Vorgänger von Doneau und Cujas anführe." [Seitdem ist mir eingefallen, ob nicht etwa eine flüchtige Ansicht von Brunquell die Veranlassung zu diesem Anachronismus gewesen seyn könne. Da ist P. III. M. II. C. VII. §. XIV. S. 376. Galvani auch früher genannt als Baro, Duaren, u. a.; aber, was Bach oder sonst jemand vor ihm übersehen haben müßte, bloß um zu beweisen, daß selbst die Italiener den Franzosen den Ruhm lassen die größten neuern Civilisten hervorgebracht zu haben.] Dagegen hatte ein Recensent in der Allg. Deutschen Bibliothek, der sel. Höpfner s. unten B. III. S. 78, die Stelle aus Bach abdrucken lassen, und zugleich drey Allegate von Galvani aus den opuscula. Die Stelle selbst lautet so:

"Secu-

"Secuta est ingens eiusdem sectae atque viae turba doctorum ICtorum, in Gallia *inprimis,* in qua, paullo post quam nata elegantior iurisprudentiae ratio, relicto veluti patriae Italiae solo, sedem domiciliumque posuisse videbatur: veluti AVR. GALVANVS, EGVINARIVS BARO, FRANC. DVARENVS, FRANC. BALDVINVS, HVGO DONELLVS, ANT. CONTIVS, RVSSARDVS aliique; sed omnium princeps IAC. CVIACIVS etc.

Meine Verantwortung:

Um die Hauptpuncte dieses Streits so kurz als möglich zu übersehen, so behauptet der Göttingische Rec. 1. Bach führe den Galvani als Vorgänger von Cujas an, 2. Er führe ihn als einen Franzosen an, 3. Bach habe also das Buch wohl nicht gelesen, 4. dieses sey ein Beweis von der ehemaligen Seltenheit des Buchs in Deutschland.

In der A. D. B. antwortet der Rec. ad 1. gar nichts, ad 2. Bach sage dies nicht, ad 3. Bach citire das Buch dreymahl, ad 4. die Seltenheit des Buchs sey richtig; — und aus diesen Prämissen folgert er sein Recht, mich eines pöbelhaften Muthwillens zu beschuldigen.

Die Stelle aus Bach, worauf es ankommt, haben die Leser vor sich; sie können ent-

entscheiden, ob der Ausdruck inprimis sagen will: die meisten von den hier angeführten, oder nur die meisten eleganten Juristen überhaupt seyen Franzosen. Mir bleibt das Letztere besonders deswegen sehr wahrscheinlich, weil alle acht nach Galvani genannte zu dieser Nation gehören.

Doch daran liegt wenig; der HauptIrrthum dieser Stelle ist der: daß Galvani, der in der Mitte des siebzehnten Jahrhunderts starb, vor Leuten genannt wird, die in der Mitte des vorhergehenden gelebt haben. Die Zeitgenossen und Nachfolger von Cujas kommen erst S. 709, und doch ist der jüngste von diesen so alt als Galvani. Nun verdient es aber gewiß eher eine Berichtigung, wenn man im Jahrhunderte eines Schriftstellers, als wenn man in seinem Vaterlande irrt: denn jenes hat bey einer Wissenschaft, wie das Römische Recht ist, weit mehr Einfluß als dieses; und es sind zehn Stellen in Galvani, woraus man sieht, daß er lange nach Cujas lebte, ehe eine zeigt, daß er ein Italiäner war. Daher war auch in den hiesigen Anzeigen auf den Vornamen ein Nachdruck gelegt, nicht als ob die andern Galvani weniger Italiäner gewesen wären, sondern weil Alexander G. den Zeiten von Cujas etwas näher kam.

Aber Bach citirt ja das Werk de usufructu, er hat es also gelesen. — Folgt dies? Selbst bei einem Manne, wie Bach, der so ganz und gar nicht nöthig hat, mit geborgter Lectüre Staat zu machen, folgt dies nicht; denn selbst bey ihm ist es eine sehr natürliche Sache, daß er einen HauptSchriftsteller über eine Materie citirt, auch wenn er die Meynung desselben nur aus Andern kennt. Gesetzt, Bach habe Galvani's Buch nicht bekommen können; sollte er ihn auch denen nicht bekannt machen, welche im Stande seyn würden, ihn nachzulesen?

Der Rec. in der A. D. B. versteht doch die Worte: "G. war mehr dem Namen als seinen Schriften nach gekannt" wohl nicht so, als ob Bach nicht gewußt habe, welche Schriften von Galvani existirten? Wer kennt den Namen Galvani, ohne den Titel seines Buchs zu kennen?

Wer übrigens von uns beiden, der Rec. in der A. D. B. oder ich, die Verdienste Bach's am meisten verehre, kann ich nicht entscheiden, weil ich nicht weiß, ob der Rec. sich je so oft und so stark für Bach erklärt habe, als ich, und weil sein Eifer für Bach's Unfehlbarkeit in den zwey Blättern der historia

iuris-

iurisprudentiae, welche unleugbar voller Fehler sind, beynahe vermuthen läßt, als ob er Bach's starke Seite zu wenig kenne, um die schwache zu gestehen. Unleugbar sind die vier letzten Paragraphen eine bloße Zugabe zu dem HauptGegenstande, und vermuthlich hat Bach sie in seinen Vorlesungen weggelassen; sonst müßte er doch bei §. XI. den Namen von Budé ausgestrichen haben, und sonst hätte er wohl eine Liste, in welcher selbst Jacob Godefroi erscheint, nicht mit den Worten geendigt: qui *omnes* in Galliae scholis iura professi sunt.

IX.

Was ist Obligatio? (S. 126—128.)

(Höpfner's Commentar 2te Ausgabe, S. 218. §. 284.)

"Das ius ad rem und die Obligation sind einander entgegengesetzt, Correlaten, wie die Philosophen sprechen. Man kann also nicht sagen wie Westenberg thut: ius ad rem vocatur uno nomine obligatio. Wenn ich ein ius ad rem gegen den Andern habe, so hat dieser eine Obligation gegen mich, und umgekehrt."

Auch im §. 725. ist obligatio bloß für eine Art von Verbindlichkeit genommen. Ferner setzt Heineccius §. 1006. der alten Ausgabe, und wie viele andere? obligatio debitoris, et ius creditoris einander entgegen.

Daß aber obligatio das ganze Verhältniß zwischen creditor und debitor begreift, also nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht, zeigt Ulrich Huber sehr ausführlich in

in seinen Ad ius in re et ad rem animaduersiones hinter Digressiones IV. C. 19. wo ein eigenes Capitel, nehmlich das zwölfte, den Satz erläutert: Obligationem non debitori duntaxat, sed et creditori conuenire. Huber drückt sich etwas stark aus, und es ist freylich ein eigenes Gefühl, wenn man Dinge beweisen soll, für welche jeder einzelne Beweis unendlich schwächer scheinen muß, als die Uebereinstimmung von tausend solchen einzelnen. Piget, sagt er, in re tam manifesta laborare. Quid aliud sunt nomina quam obligationes, et quis non omni die cum toto iure dicit, obligationes cedi, vendi, donari, in solutum dari, oppignorari? Quis haec sanus homo respectu debitoris intelligit? Numquid eum cedere, vendere, donare suam obligationem dices? Per me dicas licet, et obtineas obligationem nihil ad creditorem spectare, parique modo quidquid aduersum me disputas obtineto.

Wird nicht in den Institutionen II. 2. §. 2. obligatio durch ius obligationis gerade so erklärt wie usus fructus durch ius utendi fruendi? Ist nicht III. 17. §. 1. obligationem perimere von den Creditoren, so wie liberare von den Schuldnern zu verstehen: alter (von mehrern correi stipulandi) debitum accipien-

do, vel alter (von mehrern correi promittendi) soluendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat? Doch bey dieser Lehre spricht Herr H. selbst §. 819. so, wie er eben gesagt hat, daß man nicht sprechen dürfe, nehmlich von einer activen CorrealObligation, das heißt von einer CorrealForderung.

Der arme Westenberg kommt aber auch deswegen hier ganz ohne seine Schuld in den Ruf eines juristischen Ketzers, weil er nur abschreibt was andere sehr bekannte Schriftsteller längst vor ihm gesagt hatten, z. B. *Vinnius ad Inst.* II. 1. §. 11. n. 1. Ius ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio.

Zweytes Heft (1790).

X.

Prüfung der Theorie der Injurien-Processe in Klein's Annalen B. II.

sammt deren Anwendung auf den Starkischen Proceß gegen die Berl. Monatschrift.

Von

J. G. Schlosser. (S. 129—216.)

XI.

Berichtigung einiger gewöhnlichen Vorstellungsarten in Hrn. GTRath Höpfner's Commentar.

(S. 216—232.)

Die Absicht dieser Reihe von Aufsätzen ist, durch Beyspiele zu zeigen, wie vieles noch

noch bey der gewöhnlichen Behandlungsart des Römischen Rechts, wo man das Gelehrte nur als Zugabe zum Practischen mitnimmt, anders vorgestellt werde, als man es entweder aus dem übereinstimmenden Zeugnisse aller gelehrtern Civilisten, oder aus ganz unleugbaren Gründen kennen lernt.

Daß ich diese Beyspiele aus einer der beliebtesten neuern Schriften aushebe, kann mir wohl nicht zum Vorwurfe gereichen, so bald man bedenkt, wie vergeblich es wäre, aus den Fehlern derjenigen, die unter ihrer eigenen Partie nicht für Matadore passiren, auf die Fehler der Partie selbst schließen zu wollen. Hingegen in einem Buche von Herrn Geheimen TribunalRath Höpfner kann wohl nichts vorkommen, was nicht seitdem von vielen andern Autoren und Lehrern wiederholt worden wäre, zumahl da das Buch in so kurzer Zeit schon die dritte Auflage erlebt hat.

Diese wiederholten Auflagen sind ein neuer Grund, warum ich gerade aus dem Höpfnerischen Commentare meine Beyspiele nehme. Bey einem Werke, das schon zweymal revidirt ist, kann nicht mehr von bloßem Versehen die Rede seyn. Ich citire deswegen die allerneueste Ausgabe von der vorigen Oster-

Messe,

Messe, und obgleich mein Manuscript schon einige Zeit, ehe diese erschien, zum Drucke fertig lag, so habe ich es doch für meine Pflicht gehalten, ein ziemlich frappantes Beyspiel wegzulassen, weil ich es in der neusten Ausgabe geändert fand. Herr H. hatte nehmlich noch 1787 drucken lassen, die Schriften der Rechtsgelehrten, welche nicht erst seit Hadrian's Zeiten gelebt hätten, seyen bei Verfertigung der Pandecten ganz übergangen worden. Nun gibt er aber zu, dies sey nur meistens der Fall, und er nennt sechs ältere Rechtsgelehrte als Ausnahmen. Freylich werden dabey der jüngere Celsus, Neratius und Javolenus übergangen, deren Schriften Justinian's Leute stark benutzt haben, und die höchstwahrscheinlich vor dem angeblichen Normal Jahre des edictum perpetuum, d h. vor 131, schrieben. Aber da sie doch vielleicht alle drey erst unter Hadrian starben, so mögen sie immerhin mit unter die Juristen "seit Hadrians Zeiten" gehören, [zumahl da Herr Höpfner genereux ist und den Sabinus nennt, der zwar oft citirt, aber nicht selbst excerpirt ward. Er folgt dem Index Florentinus, so wie Wieling und Hommel.]

Außer dem vorzüglichen Ansehen, und den wiederholten Auflagen des Buchs, recht-

fertigt mich endlich auch die persönliche Lage des Verfassers, warum ich gerade ihn als Repräsentanten der neuern Civilisten anführe. Herr H. hat bekanntlich das academische Leben verlassen; meine Zweifel gegen seine Sätze können also eben so wenig für eine Wirkung des Neides gegen einen Collegen oder gegen eine auswärtige Universität gehalten werden, als sie etwa aus andern persönlichen Verhältnissen erklärbar sind, da ich nicht die Ehre habe, den Herrn Geheimen TribunalRath anders, als in seiner Eigenschaft eines sehr beliebten Schriftstellers zu kennen.

S. 52. §. 41. N. 3. und 4.

"Vermöge der legis regiae hatten die Kaiser das Recht, Gesetze zu machen. Indessen bedienten sie sich dieses Rechts anfangs sehr sparsam und vorsichtig, vielleicht um das Volk nicht gegen sich aufzubringen. Sie publicirten neue Verordnungen meistens als senatus consulta. Wenn sie auch selbst etwas neues durch Edicte verordneten, so ließen sie diese oftmahls durch senatus consulta bestättigen.

"Nachdem sie aber auf dem Thron fester saßen, so fingen sie an, die gesetzgebende Ge-

Gewalt häufiger und eigenmächtiger auszuüben. Hadrian machte damit den Anfang, und seine Successoren folgten seinem Beyspiel."

Eben diesen Satz, daß Hadrian den Anfang gemacht habe, constitutiones zu ertheilen, hat auch Brunquell S. 139. P. I. C. 12. §. 4. Primus autem seruatum ab Augusto eiusque successoribus modum soluisse, et constitutiones edidisse Hadrianus videtur, *cum* nullius principis antiquioris, quam huius, constitutiones tam im Codice Theodosiano quam Iustinianeo occurrant (*). Dieser Grund ist wirklich naiv: Weil die ältern constitutiones nicht gesammelt sind, so gab es keine,

(*) Hellfeld im PandectenCompendium *Tit. de origine iuris* hat auch diese Meynung. Hingegen der ehrliche Terrasson P. III. §. 3. wird in der Angst ein Skeptiker, nur um kein Ketzer zu werden, und von bewährten Rechtslehrern nicht abzuweichen. "Telle est la manière dont les Empereurs Romains usèrent du droit de législation depuis Auguste jusqu'après Trajan. Soit qu'ils eussent fait des Constitutions, soit qu'ils n'en eussent fait aucune; il est certain que les plus anciennes qui soient rapportées dans le Code Justinien, ne remontent pas au delà de l'Empereur Adrien." — — —

ne, — und doch ist dieser Grund durchaus der einzige.

Denn daß es lange vor Hadrian constitutiones gab, beweist nicht nur Bach von S. 378 bis 389, sondern beinahe jedes Blatt der Pandecten, aus welchen man mit leichter Mühe ein sehr beträchtliches Supplement zum Codex verfertigen könnte. Es läßt sich schlechterdings nicht der mindeste Umstand anführen, worin die constitutiones Hadrian's von denen seines Vorgängers verschieden gewesen wären, worin also Hadrian "den Anfang gemacht" hätte. Oder hat Herr von Selchow S. 76. Recht, daß unter Hadrian und den Antoninen die Senatusconsulte meist "von geringfügigem Inhalte" seyen?

Eine Veränderung ging mit den Constitutionen zwischen August und Justinian vor, aber auch davon ist die Epoche nicht die Regierung Hadrian's. So sagt Balduin (*): erst die Kaiser von Constantin an, hätten das Civil Recht verändert, die vorhergehenden hätten sich nach dem gerichtet, was schon ohnehin Rechtens gewesen sey. Noch ausführlicher erklärt er dies an einer andern Stelle (**). "Di-

(*) *Iustinian. p.* 16.
(**) *in praef. p.* 1.

"Die Nachfolger von Alexander Sever stell„ten nicht sowohl neue RechtsSätze auf, als „sie erklärten und bestätigten die alten, und „oft verwiesen sie die Anfragenden auf die „Schriften der Rechtsgelehrten. Damit be„gnügt sich z. B. Gordian *const.* 12. C. 6, „37. und *const.* 6. C. 5, 4. Die Kaiser woll„ten damahls beinahe nur die Scävola's, „die Papiniane, und Ulpiane ihrer Zeit „seyn, mehr Rechtsverständige als Gesetzge„ber. Von keinem haben wir so viele Rescrip„te als von Diocletian; aber wie selten sind „es neue Verordnungen? Erst sein Nachfol„ger Constantin, der die Residenz, die Ver„fassung, und selbst die Religion veränderte, „erst fing er an, ein neues PrivatRecht eben „so zu machen, wie ein neues StaatsRecht, „nicht mehr einzelnen Personen Antworten zu „ertheilen, sondern neue allgemeine Gesetze zu „geben. Die Kaiser nach ihm, besonders beide „Theodose thaten dies je länger, je mehr, „und Justinian unterließ denn vollends gar „nichts, was zur Vollendung dieser Revolu„tion beytragen konnte."

---

§. 79. S. 89.

„Man hielt es daher zu Augusts und Tiberius Zeiten nicht mehr für rathsam

allen

allen Freygelassenen das Römische Bürger-Recht zu ertheilen; sondern es wurde durch legem Aeliam Sentiam verordnet, daß ein Freygelassener nur alsdann das Römische BürgerRecht erhalten sollte, wenn er einen unbefleckten guten Namen hatte, und durch legem Iuniam Norbanam, daß er es nicht anders erhalten sollte, als wenn er auf eine feyerliche Art manumittirt worden war."

Wer kann diese Stelle an sich, und vollends in der Verbindung, in welcher sie vorkommt, anders verstehen, als: vor **Tiber**, vor der lex Iunia Norbana, seyen alle Freygelassenen, die sich nicht im Falle der lex Aelia Sentia befanden, auch wenn sie die Freyheit nur inter amicos erhalten hatten, Römer geworden? **Tiber** habe ihnen dieses Recht genommen.

Daß aber **Tiber** gerade die Rechte dieser Art von Freygelassenen **vermehrt** hat, sagt die classische Stelle in dieser ganzen Lehre, das fragmentum regularum Dosithei §. 6—8. so deutlich, daß weder **Schulting**, noch die Gelehrten, deren Noten er S. 13. und S. 564. abdrucken läßt, daran zweifeln konnten. In den ältesten Zeiten bewirkte eine simple

Wil-

Willensäußerung des Herrn, daß sein Sclave frey seyn solle, gar nichts; so wenig als eine simple Willensäußerung über die künftige Erbfolge. Dann schützte sie, nach Prätorischem Rechte, wenigstens vor sclavischen Diensten, aber im übrigen blieb man völliger Sclave. Erst Tiber gab solchen Menschen einen fixirten Stand, sie sollten frey seyn; und wenn sie selbst nach seiner Lex doch nicht Römer waren, so ist dies ein Recht, welches er ihnen **nicht gab**, und keines das er ihnen **entzog**: denn sie hatten es nie gehabt. Antea enim, heißt es bey **Röver**, una libertas erat, — — et ciuitas Romana competit manumissis, — — aber hi autem, qui domini voluntate in libertate erant, manebant serui. — Sed interueniebat Praetor, et non permittebat manumissum seruire. Omnia tamen tanquam seruus adquirebat manumissori. — — Sed nunc habent propriam libertatem qui inter amicos manumittuntur, et fiunt Latini Iuniani: quoniam lex Iunia, QUAE LIBERTATEM IIS DEDIT etc.

S. 242. §. 288.

"Wenn eine res mancipi von einem Römischen Bürger feyerlich (modo ciuili) erworben wurde: so erlangte er ein vollkommenes

menes Eigenthum, das eine Vindications-Klage wirkte, und dominium Quiritarium hieß. Wenn hingegen eine res mancipi entweder auf einen Fremden, oder zwar auf einen Bürger oder (*) doch nicht feyerlich (modo naturali) transferirt wurde, so erhielt er ein unvollkommenes Eigenthum, das kein VindicationsRecht gab, und dieses hieß dominium bonitarium. Wenn der dominus bonitarius den Besitz verlor, so konnte er keine Vindication gegen den jetzigen Besitzer anstellen. Diese Distinction paßte also nur auf die res mancipi, denn res nec mancipi waren weder in dominio Quiritario noch bonitario."

In der Note citirt Herr H. seinen GewährsMann Reuter.

Das gerade Gegentheil sagt Herr Prof. Hofacker *Principia* §. 884. *II.* S. 129): —— Res mancipi et nec mancipi. Illae non nisi in dominio quiritario haberi poterant. —— Caeterae res omnes nec mancipi dictae in dominio quiritario et bonitario promiscue habebantur. Diese Vorstellungsart ist zwar auch unleugbar unrichtig, aber es läßt

*) So steht in beiden Ausgaben, der Zusammenhang erfordert: aber.

läßt sich doch etwas dabey denken, was, mir wenigstens, bey der Höpfnerischen ganz unmöglich ist. Es soll Dinge geben [*)], die weder im dominium quiritarium noch bonitarium sind, die man also nicht vindiciren kann, und die man doch auch nicht nicht vindiciren kann. Vindiciren dürfen und nicht vindiciren dürfen, scheinen sich doch wohl contradictorisch entgegengesetzt.

Doch

[*) InhaltsAnzeige: Hier muß, um allem Mißverständnisse vorzubeugen, hinzugesetzt werden: "die im PrivatEigenthum stehen;" denn daß Sonne, Mond und Sterne weder im Römischen noch im natürlichen Eigenthume sich befinden, ist freylich nicht zu leugnen. Aber wie konnte ich denken, daß Herr H. alle res nec mancipi, z. B. goldene Gefäße, Kleidung rc., von allem Eigenthume ausschließen würde? Steht nicht gleich im ersten Fragmente von der Vindication, fr. 1. §. 1. D. 6, 1. daß auch bewegliche, leblose Dinge vindicirt werden können? Sind sie denn res mancipi? oder kann sich Herr H. eine vindicatio ex iure Quiritium gedenken, wo kein Eigenthum ex iure Quiritium ist?]

Ich habe Reuter's Programm seitdem gelesen. Bald scheint dieser nichts als ProvinzialGüter für res nec mancipi zu halten, und bald schließt er so: weil in einem Falle, wo die res mancipi nur in das natürliche Eigenthum kam, in der simplen Tradition

Doch es kommt hier auf den Beweis an, daß res nec mancipi jemand ex iure Quiritium gehören konnten. Herr H. wird zugeben, daß res fungibiles keine res mancipi sind. Nun sagt aber Ulpian XXIV. 7. — si pondere, mensura, numero contineantur — satis est, si vel mortis duntaxat tempore fuerint *ex iure Quiritium*.

Noch ist es unrichtig, daß Herr H. zu einer acquisitio ciuilis etwas feyerliches erfordert; denn die Verjährung, welche er selbst anführt, ist doch gewiß nichts feyerliches.

Dieser letztere Fehler findet sich auch im §. 279. S. 231. wo es heißt:

> "Die res mancipi konnten auch nicht anders von einem Bürger auf den andern übertragen werden, als durch eine solenne Handlung, welche mancipatio oder nexus hieß."

Was soll der Leser dabey denken, wenn ihm einmahl gesagt wird, etwas könne nicht anders als durch mancipatio geschehen, und eini-

dition, bey der res nec mancipi schon das Römische Eigenthum überging, so war bey diesen letztern Sachen das Römische und natürliche Eigenthum nie verschieden, — weil bey ihnen beides seltener getrennt war, so war es immer vereinigt!]

einige Seiten darauf sieht er, die mancipatio sey nur eine von acht Arten?

S. 246 und 247. §. 293.

"Wenn man sich ein dingliches Recht erwerben will, so sind zwey Stücke nöthig: ein rechtmäßiger Titel und ein *modus adquirendi*. Nehmlich es muß zuförderst ein rechtlicher Grund vorhanden seyn, der es möglich macht, das dingliche Recht zu erwerben. Dazu muß ein körperliches factum kommen, wodurch das dingliche Recht wirklich auf mich übertragen wird. Jener rechtliche Grund heißt *titulus*, dieses körperliche factum aber modus adquirendi. Z. E. ich kaufe im Buchladen ein Buch, und lasse mir es übergeben. Jetzt bin ich Eigenthümer, habe ein dingliches Recht auf das Buch. Mein titulus ist der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geschlossen habe; denn dieser macht es mir möglich Eigenthümer zu werden. Mein modus adquirendi aber ist die Tradition. Sie hat jene **Möglichkeit** in eine **Wirklichkeit** verwandelt, hat mich wirklich zum Eigenthümer gemacht. Wenn ich ein Stück versteinertes Holz, das niemanden gehört, finde und zu mir nehme: so bin ich Eigenthümer. Der titulus

tulus meines Eigenthums ist die Rechts-Regel: res nullius cedit occupandi, der modus adquirendi ist die Apprehension des Holzes.

"Der Titel giebt es sehr viele im Römischen Rechte Denn die Möglichkeit eine Sache zu erwerben, kann daher entstehen, weil ich sie gekauft habe (titulus pro emto), weil sie mir vermacht (pro legato), geschenkt (pro donato), bezahlt (pro soluto), von meiner Ehefrau zum Heirathsgut gegeben ist (pro dote), weil sie jemand derelinquirt (pro derelicto), mir durch einen Tausch überlassen (pro permutato), in einem Vergleiche abgetreten (pro transacto), oder weil sie mir der Richter zugesprochen hat (pro adiudicato). Hat jemand einen rechtmäßigen Titel, der aber keinen eigenen Namen führt, z. E. er hat eine Sache occupirt (welche aber nicht derelinquirt ist, denn sonst hätte der Titel einen Nahmen), oder durch Accessions-Recht erhalten, so sagt man er habe sie pro suo. Mehr von diesem Titel suche man in den Pandecten Lib. 41. Tit. 10."

In der Anmerkung steht: „Der Regel nach giebt der Titel allein weiter nichts, als ein

ein ius ad rem; wer ein ius in re erwerben will, muß titulum und modum adquirendi haben. Indessen giebt es einige Ausnahmen von dieser Regel, wo der bloße Titel ein ius in re giebt, die ebenfalls in den Pandecten, im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen werden."

Dies ist ganz die Theorie von Heineccius, und es giebt wenig neuere Schriftsteller, die ihm darin nicht folgen. Als Ausnahme nenne ich Herrn Prof. Hofacker, der so sehr als die Aelteren, z. B. der sogenannte kleine Struv, diese Verwirrung der Begriffe vermieden hat. Es sind nehmlich nicht mehr als dreyerley ganz verschiedene Sätze hier zusammengeschmolzen.

1. Wenn man durch traditio Eigenthümer werden soll, so muß eine iusta causa vorhergehen *fr. 31. pr. D.* 41, 1. si venditio aut aliqua iusta causa *praecesserit*, propter quam traditio *sequeretur*. Hier ist der Satz wahr, daß der titulus an sich nur ein ius in personam giebt; in allen andern ist er falsch, denn nur bey der traditio ist die causa praecedens eine obligatio. Davon handeln die Worte im ersten Absatze: z. E. ich kaufe im Buchladen — — bis zum Eigenthümer gemacht, und der ganze dritte Absatz

2. Wenn man eine Sache usucapiren will, so muß der Anfang des Besitzes von der Art seyn, daß er sonst das Eigenthum gäbe: er giebt es aber diesmahl noch nicht, weil er mit dem non dominus vorgeht. Hier ist der titulus kein bloßes ius in personam, denn was mir bloß als dos versprochen ist, daran kann ich noch keine Usucapion anfangen, es muß auf das Versprechen, auf die obligatio, eine traditio folgen; diese traditio, diese körperliche Handlung, zusammen mit der vorhergehenden obligatio, macht den titulus aus, und was nun noch geschehen muß, ist nicht eine einzelne körperliche Handlung, sondern die Fortsetzung des Besitzes während der gehörigen Zeit. Dies ist der Inhalt des zweyten Absatzes, und dies ist der Fall, woher das ganze Wort titulus in dieser Lehre genommen ist. Daher kommen auch alle die Titel bey der Theorie von der Verjährung vor; pro legato z. B. heißt also nicht: ich habe die Sache zu fordern weil sie mir legirt ist, sondern: ich besitze die Sache und kann sie durch fortgesetzten Besitz erwerben, weil sie mir legirt ist. Denn wie in aller Welt soll ich etwas zu fordern haben deswegen, weil es mir in Gemäßheit einer Forderung schon wirklich tradirt ist, das heißt pro soluto? Aber alles was mich sonst zum Eigenthümer macht, was sonst eine ad-

quisitio

quisitio ist, das ist bloß ein titulus um zu usucapiren, entweder wegen des non dominus, oder im alten Römischen Rechte auch wegen des Unterschieds zwischen adquisitio naturalis und ciuilis. Wenn man etwas erbeutet, so ist man nach neuerm Rechte sogleich Eigenthümer mit VindicationsRecht. Hingegen ehemals nicht eher, als bis die Sache auch usucapirt war; denn zum dominium ex iure Quiritium oder ciuile gehörte auch eine adquisitio ciuilis. Daher kommt der titulus pro suo.

3. Noch etwas ganz anderes ist die Speculation, die im Römischen Rechte gar nicht vorkommt, die aber an sich sehr richtig ist, wenn man sie nur nicht mit den obigen Sätzen verwechselte: daß nehmlich zu allem in der Welt, also auch zu jeder Erwerbung von Rechten, Möglichkeit und Wirklichkeit gehöre. Will man jene titulus iuris und diese modus adquirendi nennen, so gehört diese Lehre, wie auch Herr GeheimerRath Nettelbladt §. 253. seines NaturRechts bemerkt hat, gar nicht bloß zum ius in rem, sondern auch zum ius in personam, zum ius personarum, zum ius publicum, kurz zu allem was nur Recht heißt. Ein Recht steht gewiß nicht zu, wenn es nicht möglich ist, und auch nicht wenn es bloß möglich ist, es muß auch wirklich gewor-

den seyn. Ich habe kein ius in personam, wenn nicht ein factum mir es giebt (modus adquirendi), und dieses factum muß eines geben können (titulus). Ich habe keine Frau, wenn es nicht zugleich möglich und wirklich ist, daß ich eine habe u. s. w. — Darauf geht bei Herrn H. das Beispiel mit dem versteinerten Holze. Man sieht offenbar, daß diese Bedeutung des Worts titulus ganz wesentlich von den beiden vorhergehenden abweicht; denn hier ist der titulus kein ius in personam, wie die causa praecedens bei der traditio, noch weniger tritt er erst mit dem wirklichen Besitze ein, wie der titulus bei der vsucapio. Man kann von ihm nicht sagen, daß er allein weiter nichts als ein ius in personam gebe, und noch weniger gehört er zu den Ausnahmen, die ein ius in rem sogleich bewirken; er ist weiter nichts als die bloße Gedenkbarkeit.

Also **Forderung, wohlerworbener Besitz,** und **Gedenkbarkeit** liegen hier unter demselben Worte versteckt, und Herr H. geht von einer Bedeutung zur andern über, ohne auch nur ahnden zu lassen, daß er erst von Gedenkbarkeit, dann von Forderung, dann wieder von Gedenkbarkeit, darauf vom Besitze, und zuletzt abermahls von Forderung spricht.

XII.

XII.

Drittes Heft. (1790.)

XIII.

Berichtigung einiger gewöhnlichen Vorstellungsarten in Herrn GTRath Höpfner's Commentar. (S. 257—276.)

(Fortsetzung.)

§. 655. S. 549.

"Insonderheit gab er (der Prätor) vielen Personen ein ErbRecht, die, nach den Civilgesetzen dergleichen nicht hatten. Weil er nun dazu wirklich nicht berechtigt war, so versteckte er sich hinter ein Wort."

§. 663. S. 553.

"Der Prätor suchte sein gesetzwidriges Verfahren dadurch einigermaßen zu maskiren, daß er auch solchen Personen bonorum

possessio versprach, welchen ein ErbRecht nach den CivilGesetzen zustand."

Die Lehre von der bonorum possessio ist nach den Heinecciusschen Ideen vorgetragen. Zum Beweise aber, wie undeutlich diese sind, führe ich nur eine Frage an, worauf ich im ganzen Heineccius und Höpfner gar keine Antwort finde, und die doch gewiß so äußerst simpel ist, daß sie jedem Zuhörer einfallen muß, dem man den Unterschied zwischen der Civil- und Prätorischen Erbfolge vorträgt: Wer geht in der Collision vor, der *heres ciuilis* oder der *bonorum possessor?* Die Antwort, welche ich für die richtige halte, darf ich hier nicht vortragen, weil es nur um offenbare Fehler zu thun ist, und nur das gänzliche Stillschweigen über eine so wichtige Frage, nicht aber ihre unrichtige Entscheidung, ein offenbarer Fehler heißen kann. So weit meine Bekanntschaft mit juristischen Büchern und Vorlesungen geht, wird dieser Fehler freylich fast allgemein begangen, und ich wünschte deßwegen gar sehr, daß jeder künftige Recensent dieses Magazins die Güte haben möchte, den Fall zu entscheiden, oder anzugeben, wo er sich entschieden finde: A ist CivilErbe, B erhält die bonorum possessio, wer bekommt nun das Vermögen? — "Der CivilErbe." Wozu

zu hilft dann die bonorum possessio? "Der bonorum possessor." So wäre sie ja auch dem suus heres unentbehrlich? [*)]

Den Unterschied, auf welchen hier alles anzukommen scheint, den zwischen B.P. cum re und sine re berührt Herr H. nur im §. 659. S. 551. wo er sagt, die emancipirten Kinder, welche in der gehörigen Form enterbt seyen, bekommen die B. P. sine re siue litis ordinandae gratia, "sie bekommen den wirklichen Besitz des Vermögens nicht;" hingegen die nicht rite enterbten bekommen sie contra tabulas. Daß aber gar nicht bloß derjenige, welcher ein Testament gegen sich hat, sondern auch der, welcher in einem Testamente eingesetzt ist, bald B. possessor cum re, bald sine re ist, sagt am deutlichsten Vlp. XXIII. 6. — — Praetor scriptis heredibus iuxta tabulas b. possessionem dat — — quae possessio cum re, id est, cum effectu habetur, *si* nemo alius iure heres sit. Wenn die b. p. secundum tabulas nur unter dieser Einschränkung cum re ist, so muß sie wohl unter der entgegengesetzten Voraussetzung sine re

[*)] Inhalts-Anzeige: Auf diese Frage hat sich von vier Recensenten keiner eingelassen. Ich werde also auf das Lehrb. der Rechtsgesch. §. 182. um so eher verweisen dürfen, wo sie nach meiner Einsicht entschieden ist.]

re seyn. In der classischen Stelle eben dieser Fragmente XXVIII. 13. ist auch eine b. p. secundum tabulas ausdrücklich als Beyspiel einer b. p. sine re angeführt.

Auch darin folgt Herr H. dem Heineccius, daß er das prätorische Recht für eine unerlaubte Anmaßung hält, die nöthig hatte maskirt zu werden. Dagegen läßt sich nun so vieles sagen, und ist schon so vieles gesagt worden, daß es hier nicht der Ort ist, diese Vorstellungsart ausführlich zu widerlegen. Nur eine Bemerkung drängt sich auch hier wieder auf: Was hilft es doch, Bachs Rechtsgeschichte ein unsterbliches Meisterwerk zu nennen, wenn man fast in allen Punkten, wo Bach von seinen Vorgängern abgeht (z. B. in dieser Lehre vom prätorischen Rechte, in der Lehre von den SenatusConsulten zur Zeit der Republik, die alte Meynung vorzieht?

Das allerstärkste Beyspiel, wie wenig Herr H. in diese Lehre sich hineingedacht hat, steht S. 579. §. 701.

"In den alten Zeiten Roms kamen die meisten Weiber *in manum mariti*, und succedirten daher dem Mann als suae heredes. Eine Frau hingegen, die nicht *in manu* gewesen war, succedirte ihrem Mann nicht,

und

und er ihr nicht. Nur in dem Fall, wenn ein Ehegatte ohne Hinterlassung eines andern Erben starb, gab der Prätor dem Ueberlebenden bonorum possessionem contra tabulas. Da in den neuern Zeiten die conuentiones in manum abkamen, so war die Succession der Ehegatten etwas höchst seltenes."

Sagt hier Herr H. nicht offenbar, die bonorum possessio vnde vir et vxor sey contra tabulas gewesen, er der sie S. 553. §. 691. selbst unter die b. p. ab intestato rechnet, und dagegen ganz richtig S. 551. §. 659. bey den b. p. contra tabulas übergeht? Ein Druckfehler kann diese ungeheure Behauptung unmöglich seyn, denn sie steht wörtlich eben so auch schon in der zweyten Auflage. Aber wenn sie kein Druckfehler ist, so begreife ich nicht was sie denn seyn kann; denn wie wäre es möglich, daß Herrn H. der Unterschied zwischen b. p. contra tabulas und b. p. ab intestato nur so lange geläufig wäre, als er ihn nach Anleitung seines Textes erklärte, und daß er, einige Blätter weiter hinten, nicht mehr genau wüßte, ob jemand vor oder nach dem TestamentsErben zur bonorum possessio gerufen werde?

---

§. 746. S. 622.

"Jeder Vertrag kann nehmlich nach den alten Gesetzen 1) obligatorisch und zu einem Contracte gemacht werden, wenn man ihn in feyerliche Worte, in eine Formel einkleidet. Denn wenn dies geschieht, so haben die Paciscenten Zeit genug, alles reiflich zu überlegen; keiner kann also sagen, daß er übereilt worden sey. Man kann aber auch 2) jeden Vertrag dadurch verbindlich machen, wenn einer der Paciscenten ihn erfüllt. Denn auch dieses giebt zu erkennen, daß es dem Paciscenten ein wahrer Ernst gewesen sey. Wer wird einen Vertrag erfüllen, bey dem es ihm kein Ernst ist?"

Den ersten Satz verstehe ich nicht, weil ich mir gar nicht vorstellen kann, warum eine Stipulation mehr Zeit gebraucht haben sollte, als jede andere Verabredung. Freylich würde dies der Fall seyn, wenn wie Herr H. §. 806. zu glauben scheint, bey jeder Stipulation das doppelte Herbeten einer Formel nöthig gewesen wäre. Daß dieses aber gar nicht zum Wesen der Stipulationen überhaupt gehöre, sieht man deutlich aus *fr.* 1. §. 2. D. 45, 1. wo sogar die Antwort: *quidni?* gewiß die

die unfeyerlichste die man sich denken kann, für gültig erklärt wird *).

Den

(*) Beyläufig erinnere ich noch, daß in eben diesem §. 806 S. 665 auch steht: "2. Die „Antwort muß sogleich erfolgen. Wenn ich „einen heut frage und er erst morgen antwor„tet: so kann es seyn, daß ich mich wäh„rend dieser Zeit anders besonnen habe." Vielleicht hätte hier bemerkt werden sollen, Frage und Antwort müßten zwar ein actus continuus seyn *fr.* 137. *pr.* *D.* 45, 1; aber in continenti brauchten sie nicht auf einander zu folgen: interuallum enim medium non vitiat obligationem *fr.* 1 §. 1. — Doch dies wäre allenfalls nur eine Unterlassungssünde; aber das Räsonnement des Herrn GTRaths ist mehr. "Weil der Fragende sich anders besinnen könnte, so muß gleich geantwortet werden." Wird denn bey der Stipulation der Fragende verbunden? Erhält er nicht, der Regel nach, bloß ein Recht, von welchem Gebrauch zu machen oder nicht zu machen, in seiner Willkühr steht? Die Einschränkung durch actus continuus ist also gar nicht zum Besten des Fragenden, der, wenn sie nicht beobachtet ist, kein Recht hat, sondern zum Besten des Antwortenden, der nur alsdann verbunden wird, wenn man annehmen kann, er habe seine Erklärung bestimmt in Rücksicht auf die Frage des Andern, und mit dem Bewußtseyn von sich gegeben, der Andere bekomme ein Zwangsrecht gegen ihn.

Den zweyten Satz glaube ich zu verstehen, wenn man annimmt, der Verfasser glaube, daß derjenige, welcher erfüllt hat, verbunden worden sey; denn nur er hat einen neuen Beweis der Ernstlichkeit seines Willens gegeben, der Andere gewiß nicht: denn sehr oft geschieht ja die Erfüllung ohne sein Vorwissen, z. B. bey manchem facio vt facias oder vt des. Unglücklicher Weise für diese Erklärungsart war ja aber gerade dieser Andere obligirt, und nicht der, welcher erfüllt hatte, der sogar seine Sache, der Ablieferung ungeachtet, zurückfordern konnte. Herr H. sagt dies S. 612. §. 701. selbst, nur mit dem Zusatze: "wer die Erfüllung des Contracts annimmt, der ist verbunden." Diese Annahme ist aber nicht wesentlich, und warum blieb die erste Stelle selbst in den folgenden Auflagen unverändert?

---

§. 786. S. 654.

"Eine Gattung des depositi ist die Sequestration. Man versteht darunter die Deposition einer im Proceß liegenden Sache, welche mit dem Beding geschieht, daß die Sache dem Sieger zurückgegeben werden soll. Also sie setzt voraus, 1) daß über die Sache Proceß geführt wird, und 2) daß man diese Sache einem Dritten in Be-

Besitz giebt, und zwar 3) so lange, bis der Proceß zu Ende ist. Alsdann soll sie dem, welcher gewonnen hat, herausgegeben werden. — —

Die Sequestration ist von den übrigen Gattungen des Depositums sehr unterschieden."

Eben diesen Begriff: sequestrum est depositum rei litigiosae hat auch **Würfel** §. 370. **Westenberg** 16, 3. §. 19. **Estor** zu **Heineccius** h. t. Note r. u. a.

Bekanntlich sind aber beide Kennzeichen falsch; das Sequester ist nicht immer ein depositum, und es betrifft nicht immer eine res litigiosa.

Das Erste läßt sich aus Herrn H. selbst beweisen, denn §. 790. am Ende, gestattet er dem sequester die actio locati, also muß dieses Geschäft auch eine locatio seyn können; anderer Contracte zu geschweigen. Nur hat Herr H. darin wohl nicht ganz Recht, daß er die actio locati gestattet, so oft der sequester auch eine Verwaltung gehabt hat; denn es könnte ja auch ein mandatum gewesen seyn.

Zum Beweise, daß das Sequester auch bey Sachen, über welche kein Proceß geführt wird, vorkomme, darf Herr H. nur die Stellen *fr*. 17. *pr*. D. 16, 3. und *fr*. 22. §. 8. D.

BAYERISCHE STAATS- BIBLIOTHEK MÜNCHEN

24, 3. nachsehen, und dann sich fragen, ob er den Sclaven, der gefoltert wird, oder die dos, welche der Ehemann verschleudert, eine res litigiosa nennen wolle?

---

§. 841. N. (1) S. 682.

"Das Gesetz [*] sagt weiter nichts, als: si contendat fideiussor, caeteros soluendo esse, etiam exceptionem ei dandam, *si non et caeteri* [**] *soluendo sint*. Der Fall ist dieser: der Gläubiger belangt einen aus mehrern Bürgen; dieser setzt ihm die exceptionem diuisionis entgegen, und zwar zu der Zeit, da die übrigen Mitbürgen noch soluendo sind. Der Gläubiger aber unterläßt sie zu belangen, und sie werden in der Folge insolvent. Jetzt belangt der Gläubiger den erstgedachten Bürgen abermahl. Kann sich dieser mit der exceptione diuisionis schützen? Paullus antwortet, ja."

Dies alles stünde in der angeführten Zeile? Ich gestehe, daß ich weiter nichts darin finde, als folgende Paraphrase: Behauptet ein Bürge, die andern könnten bezahlen, so muß zu seinem Besten die Clausel: es wäre denn,

[*] Es ist von dem bekannten Fragmente aus Paullus die Rede, *XLVI. 1. fr.* 28.

[**] illi.

denn, daß die andern bezahlen könnten, in die Instruction des iudex gesetzt werden.

Sollte Herr H. nicht die letzten Worte, welche offenbar nur die Formel der Exception ausdrücken, etwa so mißverstanden haben, als ob sie ein Zusatz von Paullus seyen, der sage: auch wenn die übrigen nicht bezahlen können? Der Herr GIRath verzeihe mir, wenn ich ihm Unrecht thue; die Beschuldigung ist hart, weil diese Auslegung durch unzählige Stellen der Alten, insonderheit auch des Römischen Gesetzbuchs widerlegt wird [*)], und weil schon die verschiedene Schrift, womit si non u. s. w. in jeder neuern Ausgabe gedruckt ist, zeigt, es seyen angeführte Worte, und nicht bloß solche, worauf man vorzüglich aufmerksam seyn müsse. Abgerechnet aber, daß man bey einem Schriftsteller, wie Herr H., ein solches Mißverständniß nicht vermuthen darf, dünkt mich die Härte des Vorwurfs durch seine höchste Wahrscheinlichkeit gerechtfertigt.

---

§. 890.

[*) Diese Worte sind eine Parodie auf Höpfner's Urtheil über meine Preisschrift s. B. II. S. 128.]

§. 890. 1. S. 720.

"— — Bricht der Kauf die Miethe? Nach dem NaturRecht und der RechtsAnalogie läßt sich dies nicht behaupten. Denn der Verpachter hatte kein Recht den Pachter während der Miethzeit zu vertreiben, wie kann er ein solches Recht auf einen andern übertragen? Indessen verordnet L. 9. C. de loc. cond. IV. 65. das Gegentheil; nemlich daß der neue Eigenthümer, z. E. der Käufer den Conductor vor geendigter Pachtzeit austreiben könne. Die Gesetzgeber glaubten, es sey allzubeschwerlich für den Eigenthümer, wenn er die vermiethete Sache nicht verkaufen dürfte und eine gute Gelegenheit, sie anzubringen, fahren lassen müsse."

Dagegen habe ich nun einiges zu erinnern:

1. **Der Satz: Kauf bricht Miethe, ist der RechtsAnalogie gemäß.** Er folgt aus den ersten Begriffen von ius in rem und ius in personam, von Eigenthum und einer obligatio ex contractu. Wenn ich eine Sache kaufe, die einem andern verpachtet ist, so erlange ich durch die Uebergabe und Zahlung ein Recht gegen jeden Dritten, also auch gegen den Pächter. Er hingegen hat nur ein ius in personam, und diese obligirte Person

son bin nicht ich, sondern ist sein Verpächter. Daß aber ein ius in rem in der Collision mit einem ius in personam, das gegen einen bestimmten Dritten geht, die Oberhand behalte, ist evident.

Wie das NaturRecht die Frage beantworte, weiß ich nicht, weil ich überhaupt noch nicht weiß, ob es im NaturRechte irgend ein Römisches ius in rem d. h. ein Recht, vom unschuldigen Dritten unentgeldlich zu vindiciren, giebt. Aber das weiß ich wohl, daß manche Lehrer des NaturRechts sonderbare Begriffe haben müssen. Zum Beyspiele, in einem der beliebtesten Compendien, in dem von Herrn Höpfner selbst, sagte sonst §. 53: das Eigenthum gebe nur das Recht, die Sache von jedem zurückzufordern, der sie auf eine unrechtmäßige Art besitze; aber schwerlich, sagte die Anmerkung, auch vom redlichen Besitzer. Hingegen aus dem §. 59. lernte man, ein dingliches Recht bleibe mir, die Sache komme an wen sie wolle, und das Eigenthum sey ein dingliches Recht. Der Herr GRath hat zwar in einer der neuern Ausgaben den §. 53. geändert, und seine dort geäußerte Meynung zurückgenommen. Es scheint mir aber

 doch

doch merkwürdig, daß er ehemahls zu gleicher Zeit das Eigenthum für ein Recht nur gegen den unrechtmäßigen Besitzer, und wieder für ein Recht gegen jeden Besitzer gehalten hat.

2. In der angeführten Constitution verordnet Alexander gar nichts neues. Emptorem quidem fundi, sagt er, necesse non est stare colono, cui prior dominus locauit. Nicht eine Sylbe verräth hier die Absicht etwas neues zu verordnen, sondern alles zeigt, daß hier der Kaiser bloß einen allgemeinen längst bekannten Rechtssatz auf einen vorliegenden Fall anwenden wollte. Der beste Beweis, daß es dieser Constitution gehe, wie so mancher andern, die man für eine neue Verordnung hält, wenn gleich ihr Verfasser sagt: manifesti iuris est, oder: constat u. s. w. (*), liegt im *fr.* 25. §. 1. D.

(*) Einen ganz ähnlichen Fall finde ich. §. 102. S. 103. "Der Vater hat aber auch nach den neuern Römischen Gesetzen das Recht nicht mehr, die Kinder zu verkaufen. Diocletian hat dieses in der l. 1. C. de patr. qui fil. suos distrax. IV. 43. verboten."

Diocletian sagt: Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo — — in alium transferri posse, *manifestissimi iuris est*. Wer wird bey einem neuen Verbote so sprechen? Auch

D. 19, 2. wo schon Cajus, der doch, wie Herr H. sich erinnern wird, lange vor Alexander lebte, gerade eben den Grundsatz vorträgt: Wer etwas vermiethet hat, und es nachher verkauft, der muß mit dem Käufer die Fortsetzung der Miethe ausmachen. Denn sonst ist er, der Verkäufer, dem Miethsmanne kraft des Con-

Auch hier findet sich der Satz schon in einem Schriftsteller, der lange vor dem angeblichen Verbote lebte, in PAVL. *V.* 1. §. 1. Qui — — filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant. — — Iidem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt. Ex quo facto sciens creditor deportatur.

Noch ein Fall dieser Art ist es, wenn man die Stelle *const.* 2. C. 6, 11. so versteht, als ob erst Gordian die b. p. secundum nuncupationem verstattet habe, da dieser doch ausdrücklich sagt, sie sey explorati iuris, und da lange vor ihm Julian *fr.* 8. *§.* 4. *D.* 37, 11. demjenigen, welcher per nuncupationem pupillariter substituirt ist, die b. possessio zugesteht.

Doch wozu braucht es einzelne Beispiele bey einer Sache, die jeden schon hundertmahl in der Lectüre der neuern Civilisten gestoßen haben muß, der nicht vergißt, daß eine *constitutio* im Codex bey weitem nicht immer eine Constitution im heutigen Sinne des Worts enthält?

Contracts verbunden, wenn diesem der Gebrauch nicht verstattet wird.

3. Der Grund des sogenannten Gesetzes, den Herr H. anführt, ist nicht befriedigend. Er geht bey weitem nicht auf alle Fälle, auf welche der Rechtssatz paßt, z. B. nicht darauf, daß auch der Legatar den Miethsmann vertreiben darf, nicht darauf, daß dieser letztere nun auch das Recht hat, die Miethe aufzugeben.

---

§. 1051. S. 816.

"Quadrupedes heißen Thiere, denen man Zaum und Gebiß ins Maul legt, und die zum Lasttragen gebraucht werden, z. E. Pferde, Maulthiere, Esel u. s. w. Pecudes heißen Thiere, welche in Heerden geweidet werden, z. E. Schaafe, Schweine rc. — — Das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes redete von pecudibus quadrupedibus. Daher entstand die Frage, ob nur solche Thiere dahin gehörten, die zugleich pecudes und quadrupedes sind, z. E. Pferde, oder ob es genug sey, daß ein Thier pecus sey, z. E. ob die Schweine in das erste Capitel des Gesetzes gehörten, die zwar pecudes, aber keine quadrupedes sind.

sind. Die Frage wurde endlich dahin entschieden, daß es genug sey wenn ein Thier eines von beiden, pecus oder quadrupes, sey."

Diese Distinction ist freylich seit Bynkershoek schon oft nachgeschrieben worden; da sie aber Meermann in seiner, wenigstens dem Titel nach so allgemein bekannten, Doctor-Disputation (*) längst widerlegt hat, so darf ich nur mit einigen Worten die Gründe hier zusammenstellen.

Die Einschränkung des Worts: quadrupes, auf Zug- und Lastthiere (**), hat den ganzen Sprachgebrauch der juristischen und nichtjuristischen Classiker gegen sich. Am deutlichsten ergiebt sich dies aus dem Titel der Pandecten *si quadrupes pauperiem etc.* IX. 1. wo sie gewiß vorkommen müßte, wenn sie Grund hätte, und wo sie so wenig vorkommt, daß im *fr.* 1. §. 5. selbst ein Hund ganz nach eben

(*) *de reb. manc. c.* 58.

(**) oder gar, wie Herr H. sagt, auf Thiere welchen man Zaum und Gebiß ins Maul legt und die zum Lasttragen gebraucht werden, denn darunter gehören bekanntlich die Ochsen hier zu Lande nicht.

eben den Regeln wie jede andre quadrupes beurtheilt wird, desgleichen im §. 11. ein Widder, und daß eben dieses im §. 10. bey einem Bären nur deßwegen nicht der Fall ist, weil er, sobald er entläuft, res nullius wird, gar nicht aber, weil er nicht quadrupes sey.

Wie konnte man aber auf diese an sich so unwahrscheinliche, und dem Sprachgebrauch so wenig gemäße Einschränkung kommen?

1. Weil Vlp. XIX. 1. sagt: quadrupedes, quae dorso colloue domantur. Dieser Zusatz kann aber wenigstens eben so gut eine nähere Bestimmung, als eine bloße Erklärung des vorhergehenden seyn. Die Stelle beweist also an sich noch gar nichts. Ich sage absichtlich nur: wenigstens eben so gut, weil ich nicht mehr sagen will, als gewiß jedermann zugeben muß; denn sonst braucht es wohl nur wenig Bekanntschaft mit Ulpians Styl, um zu wissen, daß bey ihm *qui* ohne *id est* immer Restriction, nie bloße Paraphrase ist (*).

2. Weil

(*) z. B. XXII. 14. —— vxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus. Dies sind fürwahr

2. Weil in den Worten der lex Aquilia es heißt: QVADRVPEDEM VEL PECVDEM. — Allein Hotmann's Emendation: QVADRVPEDEMVE PECVDEM ist so leicht, sie hat den Zusammenhang, da SERVVM SERVAMVE vorhergeht, die Uebersetzung in den Basiliken, und alle folgende Stellen, wo immer, wie Herr H. selbst sagt, von pecudibus quadrupedibus, oder quadrupedes, quae pecudum numero sunt die Rede ist, so sehr für sich, daß sie wohl nicht mehr unter die zweifelhaften gerechnet werden kann. Auch scheint es beinahe, Herr H. nehme sie selbst an, wenigstens hängt es nicht zusammen, wenn er sagt, es sey Streit gewesen, ob es hinreiche, daß ein Thier pecus oder quadrupes sey, — so lange er glaubt in den Worten des Volksschlusses habe ausdrücklich gestanden: quadrupedem *vel* pecudem. So hätte es sich ja von selbst gegeben, daß eines von beiden genug sey.

3. Weil

wahr keine Definitionen von vxor, nurus und filius. Hingegen §. 15. heißt es: Postumi quoque liberi, *id est*, qui in vtero sunt etc.

3. Weil die Frage entstand, ob die lex auf Schweine gehe. — Man darf aber nur die Stelle *fr. 2. §. 2. D. 9, 1.* lesen, um überzeugt zu seyn, daß man es gar nicht wie Herr H. sagt, als ausgemacht annahm, Schweine seyen pecudes, und nur zweifelte, weil sie nicht auch Zug- und Last Thiere seyen; denn eben diese Frage hätte ja auch bey Schaafen und Ziegen entstehen müssen, die man doch ganz unbestritten passiren ließ. Sondern an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur. Man hatte sie wollen für Ferae halten, theils wegen der nahen Verwandtschaft zwischen zahmen und wilden Schweinen, theils weil sich auch von ihnen, so lange sie leben, kein Gebrauch in der Wirthschaft gedenken läßt, weder durch ihre Dienste beym Ziehen und Tragen, noch durch Wolle oder Milch.

XIV.

XIV.
Ueber die litterarische Bildung des sel. Prof. Brandis von L. T. Spittler. (S. 276—305.) [*)]

Der sel. Brandis, mit dem unsere Universität so große Hoffnungen im publicistischen Fache verlor, scheint freylich der LitterärGeschichte keinen sehr reichen Stoff zu geben, wenn man bloß auf die Menge seiner litterarischen Producte oder auf die lange Dauer

[*) Die Gründe sind längst nicht mehr vorhanden, wegen deren es damahls rathsam war, daß der Verfasser seine Ueberzeugung von den Veränderungen, welche ich damahls anfing in dem civilistischen Studium vorzunehmen, in der Form einer Denkschrift auf Brandis vortrug. Alles was sich bloß auf diese Form bezog, bleibt hier weg; an der Sache selbst, d. h. an dem Beyfalle gerade dieses Mannes und an den Gründen, womit er ihn unterstützte, ändere ich nichts.]

er seiner Laufbahn, also auf die Zöglinge, die er etwa gebildet haben könnte, Rücksicht nehmen will. Seiner litterarischen Producte sind sehr wenige, und seine Laufbahn als Lehrer unserer Universität dauerte nur so kurze Zeit, daß auch der Theil seines Rufs, dem mancher UniversitätsGelehrte fast seinen ganzen Ruhm, oder wenigstens den wichtigsten Theil desselben, zu verdanken hat, noch nicht sehr ausgebreitet seyn konnte. Allein ein desto lehrreicheres Beyspiel ist Brandis von Seiten seiner eigenen litterarischen Bildung, und wenn nicht nur das, was in der Welt groß gewirkt hat, sondern auch das, woran für uns übrige etwas zu lernen ist, in der LitterarGeschichte aufbehalten zu werden verdient, so verdient gewiß der sel. Brandis noch ein Wort zum Angedenken. Wie auch die Folge zeigen wird, dies selbst in einer Sammlung, die zunächst nur der Bereicherung und Berichtigung des CivilRechts gewidmet ist, ob schon die publicistische Seite immer die glänzendste Seite seines litterarischen Charakters bleiben wird.

Groß waren in jeder Rücksicht seine natürlichen Anlagen, und er besaß das, was selbst mit großen Talenten nicht immer verbunden

bunden zu seyn pflegt, eine gewisse Raschheit in Auffassung neuer Begriffe, die man fast DivinationsGabe nennen möchte, und ein außerordentliches Geschicke, Begriffe, die er auch nur halb gefaßt hatte, so zu brauchen, daß ihm der Theil derselben, der nur noch halbdunkel in seiner Seele lag, bey dem Gebrauche derselben nicht begegnete, nicht nothwendig wurde. Sein Genie hatte in dieser Beziehung ganz den gewöhnlichen, eigenthümlichen Vorzug der praktischen Köpfe, und vielleicht trug schon seine erste litterarische Erziehung nicht wenig dazu bey, daß gerade in seiner juristischen Bildung und besonders in seiner Bildung für das CivilRecht diese oft beneidenswürdige, oft schädlich scheinende Eigenthümlichkeit seines Geistes so sichtbar wurde. Sein noch lebender Vater ist einer der trefflichsten HofgerichtsAdvocaten in Hildesheim, und der sel. Brandis lernte durch ihn und im Umgange mit ihm, ganz zufällig ohne daß er lernen wollte, und noch ehe Jahre und vorhergehender anderwärtiger gelehrter Unterricht ihn darauf vorbereiteten, die wichtigsten Theile des CivilRechts. Natürlich gab zwar **Böhmers** und **Becmanns** Unterricht, den er nachher drey Jahre lang ziemlich fleißig benutzte, diesen zufällig aufgesammelten Notizen und unzusammenhängend entsprungenen

nen Ideen vielfältige neue Berichtigung, Ordnung und Klarheit; allein all sein Wissen in diesem Fache, so gründlich es im Ganzen war, so höchst fruchtbar es auch war, wie selbst seine fleißige Theilnehmung an den Facultäts-Arbeiten bewies, trug doch immer die Spuren dieser Entstehung.

Er war daher nie für ein systematisches, und den Gesetzen einer weisen Methode recht angemessenes Studium dieser Rechts-Disciplin. Was der Fehler eines so manchen guten Kopfes ist, der ohne eine gute Methode doch endlich gewisse Wissenschaften erlernt hat, war auch der seinige; er setzte gar zu wenig Werth auf Ordnung und Methode. Und weil freylich in aller Unordnung, und also auch in aller UnMethode oder schlechten Methode immer viel relatives ist, so hatte sich sein schnell fassender und glücklich überschauender Geist, durch lange und vielfältige Behandlung der Dinge, manches Chaos zur relativen Ordnung gemacht.

Es war, wenn man mit ihm über Dinge dieser Art sprach, der wunderbarste Kampf von Ideen und Empfindungen in seiner Seele. Die Evidenz, wie eigentlich das Studium des CivilRechts, den Gesetzen einer guten

ten Methode gemäß, betrieben werden müsse, war ihm unwiderstehlich. Er gab sich gefangen, so bald man im Allgemeinen mit ihm über die Sache räsonnirte; denn er war zu edel, um eine in seiner Seele entstandene Ueberzeugung abzuläugnen, und zu einsichtsvoll, auch neuer Ideen noch zu sehr empfänglich, als daß er nicht hätte sollen überzeugt werden können. Allein, wenn man mit ihm so eben daran war, das HauptResultat zu ziehen, und das ganze Räsonnement bis an sein leztes Ziel hinzuführen, so kam die einmal eingewurzelte Empfindung wieder zurück wie eine böse Gewohnheit.

Ich verdanke den Unterredungen, die ich mit ihm hierüber so oft hatte, manche der besten und treffendsten Bemerkungen gegen die bisher gewöhnliche Methode der Erlernung des CivilRechts, und über den großen Nachtheil derselben, verglichen mit der Methode, die Leibnitz und Pütter vorschlugen. Theils von seinen Reisen her, auf welchen er mehrere Universitäten besucht hatte, theils auch von seinen eigenen RepetentenJahren her — kannte er das, was man gewöhnliche Deutsche Methode in Erlernung des CivilRechts nennen mag, so genau und so intuitiv, daß ich meinen Zweifel, ob es wirklich eine solche

solche gewöhnliche Methode gebe, seiner Autorität gerne aufopferte. So genau als er die Menschen überhaupt meist zu characterisiren wußte, so sorgfältig schied er, was die Individualität dieses und jenes Lehrers, was der natürliche OrdnungsGeist des einen, oder die große Gelehrsamkeit des andern, in der individuellen Methode dieses und jenes Lehrers glücklich gewirkt habe, obschon im Ganzen eine und eben dieselbe Methode herrsche, und mit einer Stetigkeit, die zum Glück in wenig andern wissenschaftlichen Fächern Statt gehabt habe, bald durchs dritte MenschenAlter hindurch als eine und eben dieselbe sich erhalte. Er machte mich zuerst darauf recht aufmerksam, welchen großen Nachtheil die Vermischung des noch gültigen und des zur Antiquität gewordenen Römischen Rechts, wie sie, seiner Meinung nach, gewöhnlich selbst noch im ersten Unterricht Statt habe, unvermeidlich verursache. Er sprach unverschonender, als vielleicht wohl recht war, auch allein schon darüber, welche Präsumtion es gegen die ganze akademische Behandlung einer Wissenschaft erregen müsse, wenn sie, halbe und ganze Jahrhunderte lang, dem Wesen nach so unverändert bleibe, als in der That doch die Behandlung des CivilRechts schon seit der Zeit der großen Gallischen RechtsGelehr-

lehr-

lehrten geblieben sey. Freylich fast alle wissenschaftliche Disciplinen haben seit den letzten funfzig Jahren ihre Gestalt gewaltig geändert. Die Disciplinen sind besser von einander gesondert worden, und durch diese Sonderung haben Wissenschaft und Methode sehr gewonnen. Selbst dem Civilisten ist ein Theil seines alten, usurpirten Territoriums aberobert worden. Der Germaniste und Publiciste haben sich in Besitz ihres rechtmäßigen Eigenthums gesetzt, und wenigstens also da, wo die Gewalt gleichsam von außen kam, hat auch der Lehrer des Römischen Rechts seine alte Sitte ändern müssen. Auch der Theologe lernt jetzt nicht mehr seine Exegese in der Dogmatik, und das fragmentarische Citiren einzelner biblischen Sprüche in dogmatischen Vorlesungen wird kein halbgelehrter Theologe mehr für QuellenKunde und BibelGelehrsamkeit angeben, oder exegetische Vorlesungen deßwegen für entbehrlicher halten, weil in der Dogmatik biblische Sprüche citirt werden. Die Dinge sind endlich immer mehr in ihre natürliche Ordnung gekommen, und also gewiß besser geworden. Vor funfzig Jahren las man entweder ein ganzes Jahr lang wöchentlich sechs Stunden Dogmatik, oder was gleich viel ist, ein volles halbes Jahr wöchentlich zwölf Stunden, und wurde am Ende kaum

fertig, weil der Materien gar zu viele seyen. Dafür war aber auch Dogmatik und Polemik und Exegese und KirchenGeschichte in ein Collegium zusammengepackt, und das lag denn alles so beysammen und durch und auf einander, wie es gewöhnlich zu liegen pflegt, wenn man Alles zusammenpreßt; am Ende wurde keines von allen recht gelernt! Die LitterärGeschichte der letzten funfzig Jahre zeigt deutlich, was gewonnen worden ist, seitdem man ordentlich zu scheiden angefangen. Wenn auch die Lobredner der alten Zeiten glauben, daß ehedem gründlicher studirt worden sey, so kennen sie oft die alten und die neuen Zeiten nicht; die Prospecte gewinnen bloß durch die Entfernung an Schönheit. Und was vielleicht noch mehr ist, sie geben dem veränderten akademischen Unterricht Schuld, was aus ganz andern Quellen herfließt, und wo die Ergießung eben derselben Quellen einen noch weit größeren Schaden anrichten würde, wenn nicht gerade die verbesserte akademische Methode diesen schrecklichen Schaden noch milderte. Väter! die ihr haben wollt, daß eure Söhne eben so gründlich werden sollen, als ihr oder eure Zeitgenossen waren oder seyn sollten, laßt eure Söhne erst Lateinisch lernen, ehe sie zur Universität kommen! Vergeßt nicht, ob in eurem altväterlichen Hause eben

schon

schon der Luxus, und eben schon dieselbe durch Luxus zur Unthätigkeit gewöhnende LebensArt war, die nun bey euch und in eurem Hause herrscht! Eines zieht das andere herbey. Man eilt, um die kostbare Erziehung so schnell als möglich zu beendigen, mit dem kaum halb reif gewordenen Jüngling, und so eben erst für ein Gymnasium recht reif gewordenen Jüngling, man eilt mit ihm zur Universität hin, und eilt mit ihm so wieder von der Universität hinweg, um seine Versorgung zu beschleunigen. Doch das möchte wohl eine lange Elegie oder eine fast bitterscheinende, pragmatische Erörterung werden, wenn alles erörtert werden sollte, was hier zusammentrifft!

Man konnte daher nicht entscheidender von der Nothwendigkeit einer neuen Methode im CivilRechte sprechen, und von dem dringenden Bedürfnisse einer planmäßigeren Abtheilung des ganzen Fachs in zweckmäßige Collegien nicht positiver sprechen, als der sel. Brandis that, so bald sich das Räsonnement bloß nach den erst bemerkten Seiten hinlenkte. Selbst Gründe, die sonst jedem, dem neue Methodik mißfällt, gewöhnlich zuerst wichtig scheinen, deren Wichtigkeit vielleicht aber auch mehr in ihrer Popularität als in ihrer inneren Beschaffenheit liegt, haben nie einigen

gen Eindruck auf ihn gemacht. Er hatte einen gewissen natürlichen Widerwillen, der sich auf die edle Selbstständigkeit seines Geistes gründete, wenn man einer neuen Methode, trotz aller inneren Gründe, die für sie sprachen, als ersten HauptGrund entgegensetzen wollte, daß doch so mancher große Mann bey der alten Methode und durch die alte Methode gezogen worden; und so schien es ihm auch hier, fast mehr noch als in andern Fächern, die ungültigste SchutzRede für die allgewöhnliche akademische Behandlung des CivilRechts zu seyn, daß doch bey derselben und durch dieselbe so mancher große und gelehrte Richter und RechtsLehrer gebildet worden. Niemand vermochte in solchen Fällen erfahrungsmäßiger zu sagen als er, wie freylich ein guter Kopf auch die schlechteste Methode endlich überwinde, vollends wenn er fast die Hälfte seiner UniversitätsZeit auf eine Sache wenden müsse, auf die er billig nicht ein Drittheil derselben wenden sollte, und doch das Fach eben so gründlich als vollständig gelernt haben müßte. Reizte man ihn aber durch weitere Betreibung des obigen Einwurfs, so konnte er manchmahl auf eine Weise, bey der wohl auch ein wenig Hypochondrie ins Spiel kam, die Lage der aufgeklärteren Philosophie und der

Ge-

Gelehrsamkeit unter denen, die das CivilRecht zu ihrem HauptStudium machen, recht lebhaft schildern.

Oft meynte er daher selbst, daß das nützlichste erste Collegium für den Anfang des RechtsStudiums gerade ein solches seyn würde, wo allein nur das noch heut zu Tag gültige Römische Recht zusammengestellt, und von allem antiquarischen Rechte geschieden wäre. Er erkannte leicht, welchen Nutzen die aus einer solchen Vereinfachung entspringende Ueberschaubarkeit im ersten Unterricht nothwendig stiften müsse, und nie zweifelte er, daß sich ein recht zusammenhängendes, kleines System oder Compendium daraus formiren lassen würde. Die Fragmente seyen wohl noch der Art, daß man ein systematisches Ganzes daraus machen könne. Nichts schien ihm auch sonderbarer, als wenn man hiegegen den Einwurf machen wollte, daß auf diese Weise nicht gründlich studirt werde, und viel darauf sich zu gute thun wollte, daß bey der Vermengung des Alten mit dem noch Gültigen und des noch Gültigen mit dem Alten, eines mit dem andern desto besser behalten würde. Er war der erste, der aus seiner und seiner JugendFreunde Erfahrung offenherzig gestand, daß er manchmahl in seinen

nen UniversitätsJahren eine CollegienStunde ruhig versäumt habe, weil er sich den Trost vorläufig gegeben, daß diesmahl nichts als antiquarische Dinge vorkommen würden; oft habe er denn leider nachher gefunden, daß doch auch einige wichtige Puncte des noch gültigen Römischen Rechts vorgekommen seyen. Und so sey es manchmahl umgekehrt sein Fall geworden: er habe eine ganze volle halbe Stunde mit der gespanntesten Aufmerksamkeit zugehört, in sicherer Erwartung, daß nun Haupt-Puncte des noch gültigen Rechts kommen würden; seine zu lang hingehaltene und am Ende doch oft noch getäuschte Hoffnung sey aber seiner nachfolgenden Aufmerksamkeit nicht wenig nachtheilig gewesen. Ihm fiel nie ein, daß man es zum gründlichen Studiren im Ernst rechnen könne, wenn heterogene Materien in einem Vortrage mit einander verbunden würden, wenn Römisches und Deutsches und Canonisches Recht, so verschieden auch die fundamentellesten Principien sind, von denen jedes derselben ausgeht, zu einem Gemenge in einem Collegium gemacht würden, oder daß es dem gründlichen Studiren in der That auch nur günstig sey, wenn man dem ersten Unterricht, auf den in jedem Fache so viel ankommt, gerade die Einrichtung giebt, durch die weder Aufmerksamkeit geweckt noch

syste-

systematische Ueberschauung des Ganzen befördert werden mag. Man kann nicht besser, als er that, das was in einen ersten Unterricht gehört, und das was dem weitern Fortgange aufbehalten bleibt, genau unterscheiden; und ein Collegium der Art, wo Römisches und Deutsches und Canonisches Recht, alles unter einander gemischt, vorgetragen würde, sollte seiner Meynung nach etwa als ein GeneralRepertorium den akademischen Beschluß machen, wenn erst noch gültiges Römisches Recht, und vollständiges System des ganzen Römischen Rechts, wie es in seiner blühendsten Periode war, und Canonisches Recht und Germanisches Recht, jedes für sich und jedes nach den, ihm ganz eigenthümlichen Grundsätzen vorgetragen — vollständig gefaßt seyn würde. Dies ist der Fall mit den meisten, durch eine gewisse Verjährung accreditirten, falschen Methoden. Ihr HauptFehler liegt oft mehr in Versetzungen als in einer völligen Unbrauchbarkeit; wenigstens kann meist durch Versetzungen oder Translocationen einem ihrer HauptFehler geholfen werden.

So schien also niemand mit den Ideen von Methode, die dem Herausgeber dieses Magazins die richtigsten oder fast einzig richtigen

zu seyn scheinen, mehr einverstanden zu seyn, als der sel. Brandis; und doch, das war er gar nicht! Auf den Argwohn, daß Collegialität auch nur den geringsten, ihm selbst unbewußten Einfluß hier gehabt haben möge, wird durchaus niemand gerathen, der theils die hiesige Lage kennt, theils auch ihn — nur halb kennen gelernt hat. Die Einwürfe hingen bey ihm an ganz anderen Fäden; und, weil sich doch einmal der Herausgeber dieses Magazins volleste Freymüthigkeit zum Grundsatz gemacht zu haben scheint, so darf ich es wohl auch freymüthig sagen, manche seiner Einwürfe gingen auf diese Art der Reform, wie sie der Herausgeber dieses Magazins anfing, manche aber gegen das Reformiren überhaupt.

Er war dieser Art von Reform entgegen, weil er glaubte, das Institutionen Compendium, mit dessen Erscheinung der Anfang versucht worden war, sey zu klein; und überdies noch schädlich, weil es Deutsch sey.

Fast sah es nun also einem Räthsel gleich, oder einem bloß verschleierten, leidenschaftlichen Widerspruch ähnlich, wie ein Mann des Geistes und der Einsichten, der er war, solche höchst unbedeutende Einwürfe als Haupt-

Ein-

Einwürfe gegen irgend eine Art von Reform aufstellen mochte. Man hat Compendien, bloß einen Bogen stark, und sie sind doch für ihren Compendiums Zweck nicht desto unbrauchbarer. Das Compendium muß das Fachwerk des Vortrags, zum Vortheil des Zuhörers, vorläufig bestimmen; entspricht es diesem Zweck, so entspricht es seiner HauptAbsicht. Ob der Lehrer Lust habe, ein Viertheil oder die Hälfte der Materialien, die künftighin im mündlichen Vortrage dieses Fachwerk ausfüllen sollen, auch **vorläufig** drucken zu lassen, muß billig seinem freyen Belieben überlassen bleiben. Das **Deutsche** Compendium ist fast noch schuldloser. Unser Compendien Latein wird doch, so Gott will! die Kunde des **allein wichtigen** classischen Latein in der Welt nicht erhalten sollen; und der Vortheil eines **Deutschen** Compendiums in Beziehung auf klare, runde Begriffe ist unläugbar, wenigstens ist hier die phraseologische Hülle viel mißlicher. Wer nicht rund und Deutsch den Begriff einer Sache darlegen kann, der hat keinen Begriff; und wenn er der Lateinischen Worte noch so viele hätte!

Doch bald klärte es sich auch auf, daß sein ganzer Widerspruch, so fern er gegen diese Reform ging, erst mehr nur aus einer un-

voll-

vollständigen Ueberschauung des Ganzen entsprungen sey, als gerade nur aus jenen zween unwichtigen, dürftigen Einwürfen. Die RechtsGeschichte erschien; und nie hörte ich mehr, daß er sich gegen diese Reform erklärte.

Diese zweyte Schrift, worin der Herausgeber dieses Magazins einen höchst wichtigen Theil seines neuen Plans, wenn mich nicht alles täuscht, höchst vortrefflich ausführte, lag der gelehrten Sinnesart des sel. Brandis weit näher, als der Entwurf der Institutionen und der Entwurf des PandectenRechts. Historische Entwicklungen, wie sie die RechtsGeschichte enthielt, und eine so progressive Darstellung des Römischen Systems mußten ihm unschätzbar seyn. Recht ergriffen von eben demselben historischen Geist, der den Herausgeber dieses Magazins bey seiner RechtsGeschichte belebt hatte, entschloß er sich, eine Geschichte des canonischen Rechts nach eben demselben Plane auszuarbeiten; und diese litterarische Arbeit war's auch, über der ihn leider sein frühzeitiger Tod übereilte. Schon allein die neuen Bemerkungen, die der Herausgeber dieses Magazins über das edictum perpetuum und über die herkommliche Meynung von der großen Epoche desselben in der Römischen

schen RechtsGeschichte — eben so evident als unbezweifelbar darlegte, schon diese allein gaben ihm eine Art von neuem Leben auch für seine Arbeit. Er schien auf seinem neuen Felde die ergiebigste Erndte zu hoffen, wenn selbst noch in der Geschichte des Römischen Rechts, an der doch Männer wie Bach gearbeitet hatten, solche große Berichtigungen übrig geblieben seyen. Der Ort ist hier nicht, ganz auszuführen, wie sich weiterhin, was sonst noch der sel. Brandis über und gegen diese Reform gezweifelt hatte, wie sich alles seit Erscheinung der RechtsGeschichte mit einem mal veränderte; ohnedies blieben ihm doch immer noch die Zweifel gegen alles Reformiren überhaupt, das heißt gegen alles Reformiren im Fache des CivilRechts.

Er hatte nehmlich, bey seiner ganz entschiedenen Vorliebe für das StaatsRecht und für die juristische Praxis, gar zu wenig wahre, innere Hochachtung für die ganze Theorie des CivilRechts. Er glaubte nicht, daß sie, durch alles Reformiren, bis zu einem feinen, innig zusammenhängenden System ausgebildet werden könne, an dessen Beschauung und immer mehr zu berichtigender Beschauung wohl endlich auch die besten Köpfe Lust und Vergnügen finden könnten. So hielt er's auch für unmög-

möglich, daß selbst die beste und nothwendigste Reform hier durchdringen könne; und freylich vereinigen unvollendete oder halb vollendete Reformen gewöhnlich so sehr alle Uebel des alten und des neuen Zustandes, daß fast jede sichere Voraussetzung, eine Reform könne nicht glücklich vollendet werden, der stärkste BewegGrund gegen dieselbe seyn müßte. Bey allem diesem war nun, wie sich leicht zeigt, gar zu viel individuelle SehArt.

Er, der von seinem publicistischen Studium her gewohnt war, zuerst immer auch auf den politischen Zusammenhang der Dinge zu sehen, er vergaß wie hier so sonst nicht nur in einem Falle, daß in der Wahrheit, so bald sie oft genug und sichtbar genug gezeigt werde, weit mehr Kraft liege, als in dem festesten politischen Zusammenhang der Dinge. Ihm, dessen Character bey allem Scheine des Muths mit unvertilgbarer Schüchternheit oder Unstetigkeit behaftet war, die ihn zum Reformator irgend eines Fachs immer untüchtig gemacht haben würde, ihm schien's ein recht unzerreißbarer politischer Zusammenhang zu seyn, daß jene Schaaren von Vätern, gelehrten und ungelehrten Vätern, die sich in juristischen Aemtern, Collegien und Tri-

Tribunalien befänden, die unüberzeugbarsten Schutzredner und Beförderer der alten, sogenannten Methode seyn würden. Natürlich ehrt man, wodurch man selbst wurde, was man ist, und es würde eben so intolerant als unbescheiden seyn, Männern, die einmal bis zu einer gewissen praktischen Größe in ihrem Fache gediehen, von einer neuen, besseren akroamatischen Methode bis zur vermeynten Ueberzeugung vorpredigen zu wollen. Neue Methoden müssen sich, wie neue Wahrheiten, zuerst gegen junge, unbefangene Männer erproben, und wer nicht zu hoffen wagt, daß Wahrheit und Recht im Munde der Söhne endlich doch die einmüthigste Schaar der ehrwürdigsten Väter zu überstimmen vermögen, der kennt entweder wenig Geschichte, oder ihm hat der Himmel eine seiner schönsten Gaben versagt, die unermüdete Hoffnung besserer Zeiten.

Noch darf ich denn hier auch wohl nur mit drey Worten einiger besonderen Vortheile gedenken, die ein einsichtsvoller Reformator des akademischen Unterrichts vielleicht auf wenigen Universitäten gerade so in reichem Maaße genießt, als zu Göttingen; vorausgesetzt, daß er von der albernen Eigenliebe frey ist, seine Methode müsse die allein herrschende seyn.

Wer es meines Erachtens nur dahin gebracht hat, daß auch er sein Publicum sich erworben, der hat seine Reform schon durchgesetzt; für das weitere Gedeihen mag Gott und die Zeit sorgen. Es finden sich nehmlich vielleicht auf wenigen Deutschen Universitäten so viele Studirende, und vielleicht auf keiner so viele gerade der juristischen Classe, die ihre ersten Bildungs-Jahre schon auf einer andern Akademie zugebracht haben, als auf unserer Georg-August-Universität. Diese höchst zahlreiche Classe junger Männer ist noch unbefangen genug, die Vortheile oder Nachtheile jeder neuen Methode schätzen zu können; schon aber geübt und erfahren genug, um richtig Altes und Neues mit einander zu vergleichen. Auch kann denn gewiß unter einer so gemischten Menge, als die der hiesigen Studirenden zu seyn pflegt, keine andere Autorität, als die der Wahrheit, zuletzt triumphiren. Jeder fremde, politische Reiz, der sich etwa auf individuelle Situationen dieses und jenes Landes beziehen möchte, jede heterogene Autorität, die in den Wissenschaften nicht herrschen soll, und doch so oft wenigstens auf kurze Zeit herrscht, wird hier nie Spielraum genug finden.

XV.

Ueber die Institutionen des heutigen Römischen Rechts.

(S. 305 — 375.)

[Nachdem ich lange unschlüssig gewesen war, ob und was ich von dieser Sammlung von AntiCritiken, als noch jetzt nicht ganz unerheblich, in diese Ausgabe aufnehmen sollte, habe ich mich endlich auf den einzigen Punkt der Unanwendbarkeit der Römischen Lehre von den Sclaven eingeschränkt.]

Ich könnte hierauf ganz kurz antworten, daß auch Domat, dessen Landsleute doch Colonieen haben, und alle Bücher und Vorträge über das heutige Recht, von den Sclaven gar nichts, oder doch weit weniger enthalten, als der Recensent zu verlangen scheint, daß meine Institutionen enthalten sollten. Indessen es wäre ja möglich, daß auch diese andern Lehrer Unrecht daran thäten, und daß dieser Feh-

ler nur bisher nicht gerügt worden wäre. Auch den Grund will ich nicht anführen, daß sehr berühmte Civilisten ausdrücklich der Meynung sind, wir hätten gar keine Sclaven mehr, sondern diese würden durch den bloßen Aufenthalt bey uns frey; und daß das Räsonnement der Majorität, wir hätten noch Sclaven iure retorsionis, doch wahrhaftig auf die Neger nicht paßt, die wohl nie einen Deutschen "in tyrannischer viehischer Dienstbarkeit" gehabt haben, und gegen die man das was die Türken thun, doch nicht retorquiren kann, wenn man sie nicht, wie freylich ehemahls geschah, mit diesen ganz für einerley hält, weil sie doch auch Ungläubige seyen. Ich will dies nicht anführen, weil jene Behauptung falsch, und dieses Räsonnement überflüssig ist. Aber folgende Bemerkungen sind wohl entscheidend:

1. Zu den Zeiten der Classiker lebten, nach Gibbon's Schätzung (*), im Römischen Reiche gegen sechzig Millionen Sclaven. Ich weiß nicht ob sich in ganz Deutschland zwey Dutzend Neger finden, und bey weitem der größte Theil von diesen gehört solchen Herren zu, die nicht daran denken und nie in den Fall kommen, ihr EigenthumsRecht geltend

(*) I. S. 56. der Basler Ausgabe.

tend zu machen, oder ihre Negern anders zu halten, als ihre übrigen Bedienten. Es ist tausend gegen eins zu wetten, daß einem Deutschen Juristen nie ein Proceß über einen Neger vorkommen wird, statt daß bey den Römern ein solcher Proceß um gar nichts seltener war, als jeder andere. Nichts war also vernünftiger, als daß die Römischen Juristen in der Lehre von Sclaven sehr ausführlich waren, und sie bey jeder einzelnen Materie vor Augen hatten. Nichts war vernünftiger, etwa dies ausgenommen, daß wir ihnen darin nicht nachahmen; denn was würde aus der Jurisprudenz werden, wenn man beym Unterrichte auf alle Fälle, die in Jahrhunderten, oder Jahrtausenden ein einziges mahl vorkommen können, Rücksicht nehmen wollte? Und vollends gar beym ersten und allgemeinsten Unterrichte?

2. Daraus daß wir Sclaven haben, und daß im Römischen Rechte Sclaven vorkommen, folgt noch gar nicht, daß wir also das Römische Recht hierin anwenden. Der Neger-Handel ist bisher auch von solchen Nationen getrieben worden, die von dem Römischen Rechte nichts wissen; und die Entscheidung des Königs von Preußen [*)], der bloße Auf-

[*)] eigentlich des Preußischen Justiz-Ministe-riums

Aufenthalt in seinem Lande gebe die Freyheit nicht, würde wohl eben so auch ohne das Römische Recht ausgefallen seyn [*)]. Gesetzt, es gäbe in einem auswärtigen Staate ein Verhältniß zwischen Personen, das wir in Deutschland nicht kennen, das aber an sich nichts unerlaubtes enthielte; ein Deutscher errichtete auswärts dieses Verhältniß, oder ein Ausländer brächte auf Reisen einen Menschen, der mit ihm darin stünde, zu uns: würde das Verhältniß bey uns nicht fortdauern, sobald im Römischen Rechte nichts davon stünde? Oder würde man nicht vielmehr auch bey uns jeden bey seinen Rechten schützen, die er nach der Jurisprudenz des andern Staats erlangt hätte und ausüben wollte? Und wie, wenn im Römischen Rechte ein ähnliches, bisher von uns aber gar nicht angewandtes, Verhältniß vorkäme, würde man einen solchen Fall in Deutschland nach dem vielleicht etwas härtern, vielleicht etwas gelindern Römischen Rechte, und nicht nach dem Rechte des auswärtigen Staats entscheiden? Ich dächte nach letz-

riums, in dem Falle, den auch Höpfner sonst §. 70. anführte: in Hymmen's Beyträgen 6te Sammlung.]

[*) Die Gründe des Cammergerichts, dessen Meynung durchging, waren bloß aus dem NaturRechte.]

letzterm, ohne darum einem Deutschen Juristen, wie J. H. Böhmer in einem ähnlichen Falle thut (*), zuzumuthen, daß er auch den Code noir und die auswärtigen Rechte studiren müsse. Wir wollen z. B. annehmen, in allen Europäischen Colonieen wäre es eingeführt, daß an gewissen Tagen oder Stunden jeder Neger für sich arbeiten dürfe, daß ihm der Herr das auf diese Art Erworbene lassen, und wenn es bis zu einer gewissen Summe steigt, dem Neger dafür die Freyheit verkaufen müsse. Nun wird ein Neger nach Deutschland gebracht, und sein Herr freut sich, daß von diesen Grundsätzen im Römischen Rechte nichts stehe. Wollt Ihr seiner Habsucht und Härte diesen Vorwand gestatten? Wollt Ihr das Recht der Colonieen nicht wenigstens als eine stillschweigende Bedingung ansehen, unter welcher der Sclave an seinen Herrn kam?

3. Man darf die positiven Grundsätze der Römer über ihre Sclaven nur ein wenig genauer kennen, als man sie aus den Institutionen kennen lernt, um überzeugt zu seyn, daß unsre Neger wirklich nicht nach Römischem Rechte beurtheilt werden. Soll ein Neger in Deutschland nicht heirathen dürfen? Soll ein Versprechen, das der Herr ihm gethan hat, kein Zwangs-

*) Introd. in ius Dig. II. 2. §. 6.

Zwangsrecht bewirken? Soll der Neger nicht frey werden, wenn der Herr sich seiner Rechte auf ihn nur vor vier Zeugen begiebt? Wollt Ihr den Herrn strafen, der seinen fugitiuus in fuga constitutus verkauft? *fr.* 2. §. 3. *D.* 48, 15. Wollt Ihr den unschuldigen Neger foltern, wenn sein Herr wegen eines adulterium angeklagt wird? Wollt Ihr das SC. Silanianum gegen jeden Neger anwenden, dessen Herr ermordet ist? u. s. w.

4. Gerade wenn das Römische Sclavenrecht bey uns anwendbar wäre, so müßten fast alle Negersclaven frey seyn. Bekanntlich sind die allerwenigsten geborne Sclaven oder Kriegsgefangene; und daß sie sich selbst ehrlich in die Sclaverey verkaufen, oder von ihren Eltern oder Königen u. s. w. darein verkauft werden, bewirkt nach Römischem Rechte nichts, zumahl da hier der ursprüngliche Fehler nicht einmahl durch einen, sey es auch noch so lange fortgesetzten, Besitz wieder gut gemacht werden kann.

XVI.

XVI.

Vlpianus de edendo.

(S. 375—382.)

[Aus einem Schreiben aus London:]

Ulpian's angeblicher Tractat de iudiciis findet sich alles Suchens ungeachtet nicht. Das erwähnte Manuscript de edendo verglich ich, dem Anfange nach, mit dem Titel der Pandecten, fand da Verschiedenheit; und da die Vergleichung, wegen Lesens der alten Schrift, unbequem war, entschloß ich mich einige Stunden auf die Abschrift zu verwenden. Wie der bloße Titel de edendo darüber gekommen ist, in Griechischen Buchstaben, weiß ich nicht, da der Tractat den ganzen Proceß kurz durchzunehmen scheint. Ich habe schon erwähnt, daß das Manuscript mit andern kleinen Piecen in einem Bande zusammengebunden ist. Das hier Mitgetheilte mag etwa ein Viertel des Ganzen seyn. — —

Quoniam ea, quae in ciuilibus negotiis frequenter accidunt, ſcire perutile eſt, neſcire omnibus turpe, vel paucis ignorare permiſſum; ea, quae ſcire commodius, neſcire turpius eſt, et ea, quae frequentius accidunt, verbis admodum paucis perſtringere ſatagemus. Sed quia iuris peritia ita demum perneceſſaria eſt, ſi alios in litem vocare neceſſe habuerimus, vel ſi ab aliis lite pulſemur, de ingreſſu litium primo diſpiciamus. Eſt autem ordo iudiciorum talis. Cum quis adverſus alium experiendi habet iuris actionem, actionem, qua agere volet, eam edere debet, vt effluxis curriculis ad minus XX dierum deliberet ſecum reus, vtrum potius velit cedere an contendere.

Edere actionem nihil aliud eſt, quam oſtendere qua actione velit quisque cum alio contendere. Editur autem actio vel per denunciationem praeſentibus teſtibus, vel per ſcripturam et libellum conuentionis. Edere etiam actionem videtur is, qui aduerſarium ad album ducit, et coram eo demonſtrat quid aduerſus eum dicturus ſit.

In — — cauſae editione id ſolum edendum eſt, quod ſufficit ad inſtruendum adverſarium, et rationes vel cautiones, quibus

bus quis vſurus coram iudice. Inſtrumenta vero non neceſſe eſt edere et cartas vel chirographa, vel caetera, quae inſtrumentorum numero continentur, quibus non eſt vſurus coram iudice. Si quis actione non edita iudicem adierit, et querelam apud acta depoſuerit, et aduerſarium futurum in ius vocari impetrauerit, poterit reus, auditis etiam allegationibus, coram iudice petere ſub praetextu actionis non editae, inducias ſibi indulgeri, quae ſolent reis indulgeri, et his, qui in ius vocantur, temporis ſcilicet deliberandi, utrum potius velit cedere an contendere. Quod ſi iudex id reo denegauerit, iuſtam illi relinquet appellandi rationem.

Hoc de edendo ad praeſens dixiſſe ſufficiat. Sed quia poſt cauſae editionem ſi reus reluctandum putauerit et non cedendum, in ius vocandus eſt, vt veniat litigaturus; de in ius vocando conſequenter dicamus.

In ius vocare eſt iuris experiendi cauſa vocare, vel in ius vocari eſt ad illum vocari, qui ius dicturus. Vocatur autem quis in iudicium per apparitores edicto primo. Sunt vero apparitores qui apparere faciunt litigatores coram iudice, ex eo dicti apparitores cum apparere faciunt. Si autem ſui copiam

non fecerit, vocandus eſt ſecundo per eosdem apparitores, et tertio poſtea edicto peremtorio, plerumque etiam vno edicto pro omnibus, quod peremtorium appellatur. Illud autem ex diſpenſatione iudicis datur ſecundum conditionem cauſae et naturam negotii et qualitatem perſonae. Secundum cauſae conditionem, veluti ſi cauſa inſtantiam deſideret et vt inſtanter tractetur. Secundum perſonae qualitatem, veluti ſi mora periculoſa ſit actori et reus facile poſſit in iudicium venire. Si autem reus ita ſolenniter vocatus in iudicium contemſerit, mittendus eſt actor in poſſeſſionem bonorum illius. Si res ſoli eſt, quam petit, in illius poſſeſſionem mittetur. Si debitum aliquod poſtulauerit, in bonorum poſſeſſionem rei, pro quantitate declarati debiti, mittendus eſt. Non autem adhuc ex hac cauſa mittitur actor in poſſeſſionem bonorum, quam petit, vt poſſideat, ſed vt ſit in poſſeſſione rei ſeruandae, ita vt in vſus ſuos nil conuertat, et reus taedio affectus veniat reſponſurus. Indulgetur itaque annus reo, intra quem ſi venerit et ſatis dederit iudicio ſiſti et litis expenſas ſoluerit actori, mittetur in poſſeſſionem, ut ilico respondeat. Si autem intra annum non venerit, iubetur actor poſſidere, et ſi poſtea venerit, ſupra ſola proprietate audietur. Si autem

autem reus vocatus edicto peremtorio venerit, et abſens actor fuerit, quaeritur vtrum a cauſa ceciderit, vel potius inſtantia cauſae perierit, et dicendum eſt, eum a cauſa non cecidiſſe, ſed tamen cauſae inſtantiam periiſſe.

Si autem vtraque pars ſui copiam fecerit, et altera poſtea iudicium deſeruerit, et lis conteſtata fuerit, quid ſtatuendum ſit videamus. Neutri enim impune licebit abire, intereſt etiam iudicis neutrum abire, omnis enim cauſa criminalis biennio, pecuniaria triennio concluſa eſt, ne vlterius a tempore litis conteſtatae proteletur. Si tamen vlterius pertendatur, et per iudicem vel per alterutrum litigantium ſteterit, iudex ſi maior fuerit, X librarum, ſi minor, trium condemnatione feriatur. Nemo enim tam audax inuenitur, qui poſſit inuito iudice litem protelare. Si enim altera pars iudicium deſeruerit, debebit iudex heremodicium contrahere. Eſt autem heremodicium ab alterutra parte deſertum iudicium, quod ita contrahitur, ſicut ex ſubjectis manifeſtius apparebit etc.

Zuſatz

Zusatz des Herausgebers.

An dieser Probe mag es vorläufig genug seyn, obgleich die Abschrift, welche ich erhalten habe, nach dem eremodicium, auch noch die Entschuldigungen des Außenbleibens, die Satisdationen, das iusiurandum calumniae generale, den ordo quaestionum, die plus petitio und die Exceptionen vorträgt, so daß also das Ganze, wovon dies nur den vierten Theil ausmacht, eine ziemlich vollständige Abhandlung des ganzen Processes seyn muß.

Daß dieses Werk nicht von Ulpian ist, sieht jeder, wer das Zeitalter dieses Classikers und die Verordnungen Justinian's nur von weitem kennt. So ist die Frist von 20 Tagen aus *N. 53. C. 3.*, die Strafe des Richters, der die Zeit, welche zur Beendigung der Processe vorgeschrieben ist, nicht beobachtet, aus *const. 13. C. 3. 1.*, das ius iurandum calumniae generale aus *const. 2. C. 2, 59.* genommen. Also Beyträge zum PandectenRechte darf man hier nicht suchen, und da unser juristisches Publicum leicht größere Verehrer des Justinianischen Rechts enthalten mag, als ich bin, so soll es auch auf den Anspruch von diesen ausgesetzt bleiben, ob es nicht Mißbrauch der außerordentlichen Gefälligkeit des Herrn Einsenders, dessen Zeit so

edel

edel ist, wäre, wenn ich es wagte, ihn um eine vollständige Abschrift zu bitten. Alsdann ließe sich auch bestimmter über den Werth und das Zeitalter des ungenannten Verfassers urtheilen.

XVII.

Ueber die

Vorlesungen

des Herausgebers

im Winter 1790—1791 (S. 382—390).

Ueber die juristische Encyclopädie

Viertes Heft (1791.)

XVIII.

Ueber die

pacta und contractus

nach dem

Justinianischen Rechte

von

J. G. Langsdorf. (S. 391—476.)

Vorerinnerung des Herausgebers.

Der folgende Aufsatz ist aus einer Abhandlung genommen, welche 1772. auf

auf 102 QuartSeiten zu Manheim herauskam:

Jo. Gottl. Langsdorf Tractatus de pactis et contractibus Romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate Romano.

Obgleich diese Schrift eigentlich nicht in den Buchhandel kam, so ward sie doch in Schott's Unpartheyischer Critik IX. S. 917. mit verdientem Beyfalle recensirt, und eben so habe ich sie von Herrn Prof. Weber in dem bekannten Werke über die natürliche Verbindlichkeit, öfters angeführt gefunden. Ich vermuthe also, daß es dem Publicum angenehm seyn wird, die wichtigsten vom gewöhnlichen Wege abweichenden Vorstellungsarten dieser Schrift hier in einem Deutschen Auszuge zu sehen, zu welchem der Herr Verfasser sich selbst, seiner vielen practischen Geschäfte ungeachtet, aus Liebe für die Wissenschaft und aus Gewogenheit für dieses Magazin, entschlossen hat, da die ganze Schrift, theils wegen der Sprache und theils auch wegen ihres Umfangs, meinem Plane nicht gemäß war.

In den hinten angehängten Zusätzen und Anmerkungen habe ich die Ideen entwickelt, die mir bey eigenem Nachdenken über diesen

Aufsatz am wahrscheinlichsten vorgekommen sind. Wenn ich zuweilen von einem so würdigen Schüler des seligen Hofr. Becmann abgehe, so würde ich ihn gewiß durch nichts mehr beleidigen, als wenn ich einen Augenblick befürchtete, daß ihm eine solche Benutzung seines Aufsatzes unangenehm seyn könnte. Männer, wie er, wissen es zu gut, daß die Wahrheit immer am Ende gewinnt, wenn nur freye Untersuchung und eigene Einsicht befördert wird, gesetzt auch daß eine Zeitlang, beym sclavischen Nachbeten, noch so viele Wahrheit mitgenommen worden wäre.

Daß die ganze Art, wie der Herr Verf. civilistische Fragen behandelt, von derjenigen abweiche, die bisher in diesem Magazine geherrscht hat, und vermuthlich auch in Zukunft herrschen wird, ist eben so in die Augen fallend, als es begreiflich ist. Ich hoffe aber, daß es den Lesern nicht unangenehm seyn wird, wenn dadurch eine Abwechslung entsteht, die sich bey Aufsätzen, welche ganz in einem Geiste gearbeitet sind, bey aller Verschiedenheit der Materie, nie erreichen läßt [*)].

I. Ein-

[*) Die Allegate von Stellen aus dem Corpus-Juris und von neuern Autoren sind aber diesmal nicht mit abgedruckt worden, wo sie nicht unentbehrlich waren.]

I. Einleitung.

§. 1. Bey uns Deutschen ist ein jedes Versprechen, eine jede Uebereinkunft zweyer Personen verbindlich, wenn anders die Personen selbst nur so geeigenschaftet sind, daß sie sich auf rechtliche Art verbindlich machen können. Bey den Römern verhielt sich dies anders. Nicht eine jede Convention, wenn sie gleich ehrlich und redlich geschlossen war, hatte eine verbindliche Kraft, sondern es wurden mancherley Bestimmungen und Formalitäten erfordert, um eine rechtliche Verbindlichkeit zu bewirken. Dieses gab den RechtsLehrern Anlaß, nach den verschiedenen Bestimmungen und dem Grund der Verbindlichkeit ein System der Contracte aufzustellen. Da das Römische Recht auch als ein allgemeines Recht in Deutschland eingeführet ist, so finden wir dieses System der Römischen Contracte in allen RechtsLehrbüchern, obgleich heut zu Tage, wie oben bemerkt worden, dessen Erklärung keinen practischen Nutzen mehr hat. Aus eben diesem Grunde ist die Untersuchung dieses Systems bloß theoretisch, doch vielleicht nicht ganz ohne Nutzen. Ich wage es daher, einige Betrachtungen darüber anzustellen, weil nach meiner Meynung das gewöhnliche System mit dem Justinianischen Recht, auf welches es gegründet seyn soll, in mehreren angenommenen Sätzen nicht übereinstimmet.

§. 2. Die gewöhnliche VorstellungsArt, wie solche in den LehrBüchern des Römischen Rechts vorgetragen wird, ist folgende: Bey allen Conventionen wird eine wechselseitige Zusammenstimmung erfordert; aber nur diejenigen, welche die rechtlichen Erfordernisse haben, haben verbindliche Kraft, und diese heißen contractus, diejenigen

aber, welche die rechtlichen Erfodernisse nicht haben, sind unverbindlich und heißen pacta. Der Grund der Verbindlichkeit beruhet entweder in dem besondern Nahmen und Wesen, welches die Gesetze dieser oder jener Handlung beygelegt haben, und diese heißen nominati; oder nicht. Letzteren Falls entstehet keine Verbindlichkeit, es sey denn, daß der eine Theil dasjenige, was beiderseits beliebt worden, schon erfüllet hat: alsdann entstehen daraus contractus innominati. Von den contractibus nominatis werden wieder 4 Classen angegeben, nämlich consensuales, verbales, litterales und reales, je nachdem der Grund der Verbindlichkeit aus dem bloßen beiderseitigen Einverständniß, aus besondern feyerlich ausgesprochenen Worten, aus einer schriftlichen Ausfertigung, oder aus der von Einer Seite geschehenen Erfüllung des verabredeten Handels, hergenommen ist. Noch wird eine besondere Gattung von Contracten angegeben, welche die Rechtslehrer quasi contractus nennen. Bey diesen fehlt der Consens von der einen Seite, weil aber doch, nach dem angenommenen System, ohne zweyseitige Zusammenstimmung keine Verbindlichkeit erwachsen, folglich auch kein Contract bestehen kann, so wird bey diesen der Consens auf derjenigen Seite, wo er fehlt, fingirt und ergänzt.

§. 3. Alle übrigen Verabredungen und Conventionen, die nicht unter eine der vorbemerkten Classen von Contracten können gebracht werden, heißen pacta, und haben nach der Regel keine andere Wirkung, als daß man sich gegen gerichtliche Klagen damit schützen kann. Doch machen auch bey diesen manchmal die Gesetze selbst eine besondere Ausnahme, daher entstehet der Unterschied unter pacta nuda und vestita.

Die letzteren haben auch verbindliche Kraft, so daß man daraus klagen kann, und erlangen solche entweder dadurch, daß sie einem Contract gleich beygefügt werden, und als ein Theil desselben anzusehen sind, oder sie bestehen für sich, wenn ein besonderes Gesetz ihnen die verbindliche Kraft beylegt. Jene heißen pacta adiecta, diese legitima.

§. 4. Da bey diesem Systeme sich manche Schwierigkeiten zeigen, auch nicht alle Contracte sich hiernach ordnen und erklären lassen, so will ich erst diejenigen Sätze anführen, welche, meiner Meynung nach, irrig und in dem Justinianischen Recht nicht gegründet sind, sodann meine eigenen Gedanken und VorstellungsArt von dem Zusammenhang dieser Lehre beyfügen.

II. Vom Contractu litterali.

§. 5. Eine besondere Classe der Römischen Contracte soll der contractus litteralis seyn, dessen Existenz ich bezweifle. Das Wesen dieses Contracts soll darin bestehen, daß derjenige, der schriftlich bekennt, eine res fungibilis von jemand erhalten zu haben und sie wieder zu geben, hierzu rechtlich verbunden ist, wenn die Handschrift älter ist als 2 Jahre, obgleich der Aussteller derselben die zu erstatten versprochene Sache nicht empfangen hat. Der Grund dieser Obligation wird genommen aus Inst. 3, 22. und *const.* 14. *C.* 4, 30. Und weil in ersterem gesagt wird, daß die Obligation litteris contrahirt werde und eine besondere Klage daraus entstehe, so soll diese Handlung contractus litteralis seyn. Da jedoch die Rechtslehrer selbst hierüber nicht einig, sondern im wichtigen Streit sind, so verdienet solches wohl eine Untersuchung.

§. 6.

§. 6. Daß nach alten Römischen Rechten ein contractus litteralis existirt habe, ist gar nicht zu läugnen. Dessen Form bestand darin, daß die Schuld durch eine feyerliche Stipulation mußte bekräftiget und nachher schriftlich aufgenommen werden. Diese Art eine Verbindlichkeit zu bewirken, war aber nicht bloß auf das mutuum eingeschränkt, sondern konnte bey allen andern Geschäften gebraucht werden, um diesen eine verbindliche Kraft beyzulegen, indem nach altem Römischen Recht höchstwahrscheinlicher Weise kein Contract oder Versprechen ohne Stipulation verbindlich war. Allein dieser nach altem Römischen Recht bestehende contractus litteralis war zu Zeiten des Justinian nicht mehr im Gang. Eine Handschrift an sich bewirkte keine Verbindlichkeit, sondern nur eine Vermuthung, daß eine Stipulation vorhergegangen sey, wogegen jedoch noch Beweis angenommen wurde. [Note 1.] Da mithin der Grund der rechtlichen Verbindlichkeit nicht in der schriftlichen Ausfertigung, sondern in der Stipulation lag, so fand auch keine Klage aus der Handschrift, sondern ex stipulatu ob chirographum Statt. Weil jedoch Justinian nicht nur in *Inst.* 3, 22. sagt, daß aus einer Schrift eine Verbindlichkeit und Klage entstehe, sondern auch in §. *ult. I.* 3, 14. solche ausdrücklich unter die Contracte zählt, sonst aber nirgends weder in den Pandecten, noch im Codex etwas von diesem contractus litteralis vorkommt; so sind Einige auf die Gedanken gerathen, daß Justinian einen ganz neuen Contract eingeführt habe, dessen Wesen darin bestehe: daß solcher 1) nur beym mutuum Statt finde, 2) daß jemand schriftlich bekenne, etwas empfangen zu haben und dessen Wiedererstattung verspreche,

3) daß zwey Jahre von der Zeit der ausgestellten Handschrift verflossen seyn müssen.

§. 7. Es wird aber mit gutem Grunde bezweifelt, daß Justinian einen neuen Contract eingeführt habe, und der Titel in den Institutionen muß aus dem Titel im Codex, vornehmlich aber aus dessen *const.* 14. welche die ganze Justinianische neue Verordnung enthält, deren er auch selbst in der angeführten Stelle der Institutionen Erwähnung thut, erläutert werden. Allein weder in der *const.* 14. noch in dem ganzen Titel kann man das allermindeste von einem neu einzuführenden Contract finden. Nur allein die Zeit, binnen welcher die exceptio N. N. P. zuzulassen wäre, welche durch vorherige kaiserliche Verordnungen auf fünf Jahre bestimmt war, schränkte Kaiser Justinian durch seine Verordnung auf zwey Jahre ein.

§. 8. Daß dasjenige, was Kaiser Justinian verordnet hat, keinen neuen Contract bilden sollte, bestätigt sich auch sowohl aus der Klage, als Exception, die in solchen Fällen nach Römischen Rechten Statt findet. Von jener ist der rechtliche Grund die geschehene Zahlung, und die Einrede dagegen bestreitet die Zahlung. Wäre die Schrift der Grund der Klage, so hätte man nicht nöthig, die Zahlung, sondern nur die Richtigkeit der Schrift zu beweisen, so wie man auch in diesem Fall die Einrede nicht gegen die geschehene Zahlung, sondern gegen die Authenticität der Schrift würde richten müssen. Es werden zwar in §. *fin. Inst.* 3, 14. die verschiedenen Classen der Contracte nach dem Grunde ihrer Verbindlichkeit abgetheilt, und diejenigen Contracte, so ex litteris entspringen, von den übrigen distinguirt und als eine besondere Classe angegeben, allein dies verschlägt gar

nichts.

nichts. Die Institutionen sollten die ersten Rechts-Grundsätze enthalten, damit diejenigen, welche sich der Rechtsgelahrtheit widmen wollten, desto leichter diese Wissenschaft erlernen könnten; und solche Anfangs-Gründe zu entwerfen, wurde den drey Rechtsgelehrten Tribonian, Theophilus und Dorotheus vom Kaiser Justinian aufgetragen. Sie konnten aber keine neuen Gesetze machen, und wenn sie falsche und irrige Begriffe eingeschoben haben, so ist es erlaubt davon abzugehen, weil die Gesetze nur den Willen, nicht aber den Verstand des Menschen verbinden oder jemand zwingen können, Irrthum für Wahrheit anzunehmen, wie hier unstreitig der Fall ist, indem man nirgends von dem contractus litteralis etwas im ganzen corpus iuris findet. Besonders merkwürdig ist es, daß auch im Codex, der doch erst nach den Institutionen ist verfertigt worden, nichts von diesem Contracte vorkommt, da doch im tit. de N. N. P. so weitläuftig von dieser Materie gehandelt wird. Ohne Zweifel sind die Verfasser der Institutionen durch den Cajus, den sie sich hauptsächlich zum Leitfaden genommen haben, irre geführet worden. Dieser thut eines contractus litteralis Erwähnung, welcher aber, wie oben §. 6. gezeigt worden, zur Zeit des Kaisers Justinian nicht mehr existirte, und eine ganz andere Form und Wesen hatte, als dasjenige Geschäft, das man nach dem neuen Justinianischen Recht zu einem contractus litteralis machen will.

§. 9. Auch aus der Natur und dem Wesen eines Contracts ist es klar, daß der sogenannte contractus litteralis nicht unter die Contracte gehöre. Denn ein jeder Contract erfodert 1) ein wechselseitiges Einverständniß, 2) zu einer von beiden Theilen bestimmten

ten Obligation. Wo eines von diesen beiden Stücken fehlt, da ist kein Contract vorhanden. Denn obgleich die Obligation in der Handschrift bestimmt ist, und der Consens auf beiden Seiten vorhanden zu seyn scheint, so mangelt er doch wirklich auf Seiten desjenigen, welcher die Handschrift in der Hoffnung ausgestellt hat, daß ihm dasjenige, was darin bemeldet ist, werde zu Handen gestellt werden, und die Handlung führt die stillschweigende Bedingniß mit sich, wenn die res fungibilis, welche in der Handschrift benannt ist, auch wirklich ist ausgehändiget worden. So lange diese Bedingniß nicht erfüllt wird, ist der Consens suspendirt, folglich keine Verbindlichkeit vorhanden. Der Einwurf, welchen einige Rechtsgelehrte machen, daß die Zahlung nicht als eine Bedingniß, sondern als eine Bewegursache angeführet werde, hat keinen Grund in den Gesetzen, da diese selbst die Rückfoderung der Handschrift wegen nicht erfüllter Bedingniß gestatten.

§. 10. Wollte jemand die Frage aufwerfen, was denn von der in den Institutionen beschriebenen, aus einem schriftlichen Aufsatze hergeleiteten Obligation zu halten sey, wenn sie kein besonderer Contract seyn soll? so ergiebt sich die Antwort gar leicht, daß hier contractus mutui vorhanden sey, und jene Stelle sich nur auf die Beweisführung beziehe. Mutuum ist bekanntlich derjenige Contract, da einer dem andern den Gebrauch einer res fungibilis unter der Bedingung überläßt, daß der Empfänger solche nach geendigtem Gebrauch in genere wieder erstatte. Bevor also res fungibilis ausgehändigt worden, kann keine Verbindlichkeit entstehen, indem es widersprechend seyn würde, etwas zurückzugeben, was man nicht empfangen hat. Wenn der Schuldner läugnet,

die

die in der Handschrift bemeldte res fungibilis empfangen zu haben, so muß der Gläubiger den Beweis darüber führen. Zu dessen Erleichterung werden sehr oft die genommenen Abreden schriftlich aufgesetzt, weil das eigene Bekenntniß für den besten Beweis gehalten wird, und eine Vermuthung gegen denjenigen erwächst, welcher durch eigene Unterschrift etwas bestätiget, so daß er, wenn er solches läugnen will, das Gegentheil beweisen muß. In diesem Falle befindet sich also auch ein Schuldner, der eine Handschrift ausgestellet hat, und nachgehends den Empfang läugnen will.

§. 11. Doch machen die Gesetze bey dem mutuum eine Ausnahme, weil gemeiniglich der Schuldner die Handschrift eher aushändigt, als er das Geld empfängt, und lassen deßwegen dem Aussteller der Handschrift zwey Jahre Zeit, um den NichtEmpfang anzuzeigen, welches die Wirkung hat, daß alsdann der Gläubiger die geschehene Zahlung beweisen muß. Damit aber der Gläubiger nicht die Mittel zum Beweise durch die Länge der Zeit verlieren möge, so verordnen die Gesetze, daß der Schuldner, der eine res fungibilis empfangen zu haben schriftlich bekennet, binnen zwey Jahren entweder seine Handschrift zurückfodern, oder wegen nicht geschehener Zahlung sich bey der Obrigkeit beklagen solle. Unterläßt er diese Vorsicht, so ist seine Einrede verloren, und die über zwey Jahre alte Handschrift wirkt wider ihn einen so vollkommenen Beweis, daß er nach der mehresten Rechtslehrer Meynung nicht einmal mit dem Beweise des Gegentheils zugelassen werden soll.

§. 12. Aus diesem allen ist klar, daß hier kein besonderer contractus litteralis, sondern contractus

mutui vorhanden ist, auf welchen auch die Rechtslehrer den contractus litteralis ausdrücklich einschränken. Soll man aber einen contractus litteralis bloß deßwegen annehmen, weil die Einrede N. N. P. nicht mehr dagegen Statt findet, so kann man mit gleichem Grunde solchen auf mehrere Handlungen ausdehnen. Denn eine öffentliche Quitung beweist sogleich gegen den vollkommen, der sie ausgestellet hat, eine PrivatQuitung aber hat diese Wirkung nach 30 Tagen. Die nehmliche Bewandtniß hat es mit einer Quitung, welche der SchwiegerSohn dem SchwiegerVater wegen bezahlten BrautSchatzes ausstellt. Denn diese beweist gegen den SchwiegerSohn vollkommen nach zehen Jahren. Wird aber die Ehe früher getrennt, so hat er, wenn die Trennung binnen zwey Jahren geschiehet, ein ganzes Jahr Zeit, oder drey Monate, wenn nach zwey Jahren die Trennung erfolgt, um sich wegen nicht geschehener Zahlung zu beklagen, bey dessen Unterlassung die von ihm ausgestellte Quitung vollkommenen Beweis wider ihn macht. Und doch wird keine dieser Handlungen von keinem einzigen Rechtsgelehrten unter die contractus litterales gezählt.

§. 13. Dieses sind meine Gedanken von dem contractus litteralis, wenn man als unbestritten annimmt, daß gegen eine zweyjährige Handschrift die Einwendung der nicht geschehenen Zahlung gar nicht mehr angenommen werden könne. Allein auch dieser Satz und das einzige Fundament, worauf dieser fingirte Contract gegründet ist, wird von den größten Rechtslehrern noch widersprochen, und dagegen behauptet, daß die Einrede N. N. P. auch nach zwey Jahren noch angebracht werden könne, jedoch in der

Maaße,

Maaße, daß alsdann der Aussteller der Handschrift beweisen müsse, daß er das Geld nicht empfangen habe, da im Gegentheil, wenn die nicht geschehene Zahlung noch vor Ablauf der zwey Jahre vorgebracht worden, es sey in Form einer Klage oder Einrede, der Gläubiger die Zahlung beweisen muß. [Note 2.]

III. Von den QuasiContracten.

§. 14. Unter dem Nahmen quasi contractus wird eine besondere Classe von Contracten angeführt, welche ich jedoch in dem Verstande, und nach derjenigen Erklärung, die gewöhnlich davon gemacht wird, nicht annehme. Weil ein wechselseitiger Consens das Fundament aller Contracte seyn soll, so wird auch dieser bey den sogenannten QuasiContracten zum Grunde gelegt, jedoch in der Maaße, daß man auf der einen Seite, wo diese Bewilligung fehlt, solche durch Fiction oder Präsumtion ergänze. Nach dieser Voraussetzung wird denn alles, was von den wahren Contracten gelehrt und gesagt wird, analogisch auf diejenigen Handlungen angewendet, wo der Consens auf der einen Seite fingirt wird, und dieses sollen die quasi contractus seyn. Allein im ganzen Corpus Juris findet man nicht Ein Gesetz, noch einen Buchstaben von einer solchen Fiction oder Präsumtion des Consenses, sondern diese existirt nur in den Lehrbüchern. Um jedoch näher zu bestimmen, in welchen Fällen man den Consens präsumiren könne, werden gewisse Regeln gegeben, wie und wenn man präsumiren dürfe. Diese Regeln sind: 1) Ein jeder wird dasjenige bewilligen, was ihm Nutzen bringt. 2) Niemand wird oder darf begehren, mit des andern Schaden sich zu bereichern. 3) Wer zu etwas

seine Einwilligung gegeben hat, muß auch alles billigen, was aus dem Bewilligten folgt, oder unzertrennlich damit verbunden ist. Diese Regeln sind zwar ganz gut, stimmen auch mit der natürlichen Billigkeit überein; allein um die Lehre von den sogenannten QuasiContracten zu erklären, hat man solche weder nöthig, noch sind sie von den Gesetzen angenommen worden. Denn die Gesetze bedürfen, um zu verbinden, keiner Präsumtion oder Fiction, sondern haben in sich selbst ihre verbindende Kraft a).

a) Titius erinnert daher mit Recht *ad Lauterb. comp. ff. de Neg. gest.* "Romani ex falsa, vti videtur, „hypothesi, quasi nulla obligatio efficax sine con- „sensu mutuo oriri queat, negotiorum gestioni „imaginem contractus affinxerunt, hinc dicitur „quasi contractus sollicitudine et denominatione „plane superuacanea." Diese Bemerkung des Titius hat meinen ganzen Beyfall; nur mit dem Unterschied, daß das, was er von den Römern sagt, von den heutigen RechtsLehrern zu verstehen ist, indem die Römer von der angeführten Fiction nichts wissen und nirgends eine Spur davon zu finden ist.

§. 15. Ueber das können nicht alle QuasiContracte aus den, zu Erläuterung dieser Lehre aufgestellten, PräsumtionsRegeln erklärt werden. Denn 1) giebt es Handlungen, wo auf keiner Seite eine WillensErklärung vorhanden ist a), wo man also auf beiden Seiten den Consens fingiren müßte, um dieses System zu erhalten. 2) Wo die Gesetze hin und wieder Fictionen annehmen, da müssen solche der Natur der Sache und andern Gesetzen nicht widersprechen. Dieses geschieht gleichwohl in den QuasiContracten, wo Kinder, Unmündige, Verschwender,

Wahn=

Wahnsinnige und andere Personen, die nach den Rechten gar keinen Consens ertheilen können, doch verbindlich gemacht werden. Ist es nicht ein offenbarer Widerspruch, den Consens von solchen Personen zu präsumiren, der doch nach den Rechten und Gesetzen selbst ungültig ist? 3) Ist es Rechtens, daß alle Vermuthungen der Gewißheit weichen müssen, und jene nur so lange gültig sind, bis das Gegentheil erwiesen ist. Aber dennoch giebt es Handlungen, wo jemand auch gegen seinen Willen und sein ausdrückliches Verbot verbindlich gemacht wird b), die von den Rechtslehrern unter die QuasiContracte gerechnet werden. In allen solchen Fällen ist eine rechtliche Verbindlichkeit vorhanden, die eben so stark und kräftig ist, als ob ein Contract wäre geschlossen worden, welches in den Gesetzen mit den Worten quasi ex contractu obligari ausgedrückt wird c).

a) Z. E. in der solutio indebiti, desgleichen wenn durch Zufall oder Irrthum etwas an jemand kommt, der kein Recht dazu hat, in welchem Fall man es condictione sine caussa fordern kann.

b) Z. E. wenn ich eines andern baufälliges Haus repariren lasse, der es mir ausdrücklich verboten hat. *fr.* 2. *D.* 47, 3. Desgleichen befreyt ein Verbot, daß man den Verstorbenen nicht solle beerdigen lassen, denjenigen nicht von den Kosten, der hierzu nach den Rechten verbunden ist. *fr.* 14. §. 13. *D.* 11, 7.

c) *fr.* 11. §. 9. *D.* 11, 1. — §. 2. 3. et 6. *Inst.* 3, 28.

§. 16. Die RedensArt quasi ex contractu, welche auf weiter nichts, als die Kraft der Verbindlichkeit, ihre Beziehung hat, hat unstreitig die Rechtslehrer veranlaßt, daß sie eine besondere Classe von Contracten, nehmlich quasi contractus annehmen,

da doch dieses Wort im ganzen Justinianischen Rechte nicht vorkommt. Will man aber alle diejenigen Handlungen, welchen nach dem Justinianischen Rechte eine Verbindlichkeit quasi ex contractu beygelegt wird, mit diesem Nahmen belegen, so paßt der Begriff gar nicht dahin, sondern ist theils zu enge, theils zu weit. Denn da die RechtsLehrer nun einmal die Fiction und Präsumtion als den Grund der rechtlichen Verbindlichkeit, oder der QuasiContracte angenommen haben, so rechnen sie nicht nur jene Handlungen dahin, welche im Titel der Institutionen *de obl. quae quasi ex contr.* angeführt sind, sondern auch alle anderen verbindlichen Geschäfte, bey welchen die oben angeführten PräsumtionsRegeln können angewendet werden, und in diesem Betracht geht das System der RechtsLehrer weiter, als die Gesetze. Hingegen passen die PräsumtionsRegeln nicht auf die LitisContestation, die also nicht zu den QuasiContracten gehören kann, obgleich der nehmliche Ausdruck quasi ex contractu im Römischen Recht von der Verbindlichkeit aus der LitisContestation gebraucht wird. Indessen rechnen doch einige Rechtslehrer die LitisContestation bloß des angeführten Ausdrucks wegen zu den QuasiContracten. Es haben zwar die Gesetze der LitisContestation als einer gerichtlichen Handlung besondere Wirkungen beygelegt; allein hieraus entsteht weder eine neue Verbindlichkeit, noch eine neue Klage, sondern es bleibt alles in seinen vorigen Verhältnissen. Wollte man aber die LitisContestation wegen der ihr beygelegten rechtlichen Wirkungen einen Contract nennen, so würde mit eben dem Rechte auch die contumacia unter die quasi-contractus gehören. Auch müßte, wenn die LitisContestation zu einer Classe von Contracten könn-

te

te gerechnet werden, eine besondere LitisContestations-Klage Statt finden, von welcher jedoch weder Gesetze noch RechtsLehrer etwas erwähnen. Man sieht also, daß bloß die RedensArt: quasi ex contractu, mit welcher die Kraft der aus der LitisContestation entstehenden Verbindlichkeit ausgedrückt wird, dieser gerichtlichen Handlung einen Platz unter den Contracten verschaffen soll, wohin sie nicht gehört.

§. 17. Sieht man auf dasjenige, was alle Handlungen mit einander gemein haben, die, obgleich unsere Einwilligung fehlt, uns doch vollkommen verbinden, so findet man, daß in solchen etwas zum Vortheil eines andern ist geleistet und angewendet worden, welche Verwendung denselben verbindlich macht, ohne alle Rücksicht, ob er seine Einwilligung zu dem Geschäfte gegeben habe, oder nicht? ob er sonst auf rechtliche Art consentiren könne, oder nicht? Sie sind also wirklich contractus reales; und der Unterschied zwischen diesen, und den gewöhnlichen unter diesem Nahmen bekannten contractus reales, besteht bloß darin, daß bey diesen ein wechselseitiger Consens vorhanden ist, bey jenen aber dieser Consens fehlt, und bloß auf die zum Nutzen eines andern geschehene RealPrästation gesehen wird, auf welcher allein die verbindliche Kraft beruht. Will man diese quasi contractus nennen, so habe ich nichts dabey zu erinnern. Nach meinem Begriffe aber bestehet das Wesen dieser QuasiContracte darin, daß 1) etwas zum Nutzen und Vortheil eines andern, 2) ohne dessen Wissen oder vorher eingeholte Einwilligung ist geleistet worden, so daß ich alle diejenigen Geschäfte hieher rechne, bey welchen diese beiden Bestimmungen eintreffen, welche Hypothese aufzustellen, ich eben das Recht habe, wie jeder andere RechtsLehrer. [Note 3.]

IV. Zu-

IV. Zusammenhang der Lehre von pactis und contractibus nach dem Justinianischen Rechte.

§. 18. Da ich im Vorhergehenden einige Sätze angeführt habe, in welchen ich von der gewöhnlichen VorstellungsArt der Römischen Contracte abweiche, so will ich nun deren Zusammenhang und meine Gedanken davon noch in möglichster Kürze vortragen. So wie ein jedes Versprechen nach natürlichen Rechten verbindet, so sind auch bey den Römern in den ersten Zeiten alle Verabredungen verbindlich gewesen. In der Folge aber wurden gewisse Solennitäten vorgeschrieben, ohne deren Beobachtung keine Uebereinkunft eine verbindliche Kraft hatte. Den Anlaß hierzu gaben entweder die Patricier, welche besondere Formeln vorschrieben, damit sie alle Geschäfte und den Pöbel in ihre Gewalt bekämen, oder damit nicht ein jeder durch ein unbesonnenes Wort und Rede in eine ihm schädliche und nachtheilige Verbindlichkeit gezogen würde, sondern Zeit hätte, die Sache, derentwegen er sich verbindlich machen wollte, reiflich zu überlegen; oder damit nicht unnöthige und weitläuftige Processe entstehen, sondern solche gleich nach der beym Geschäfte zum Grunde gelegten Formel entschieden werden könnten. Vielleicht waren mehrere dieser BewegGründe zugleich vorhanden.

§. 19. Daher entstand nun der erste Unterschied unter pacta und contractus, denn obgleich sonst diese beiden Wörter als gleichbedeutend sind gebraucht worden, so fing man doch an, von der Zeit, da die Geschäfte nach einer gewissen Form mußten vollzogen

gen werden, wenn sie eine verbindliche Kraft haben sollten, beide von einander zu unterscheiden, so daß man diejenigen, bey welchen die gesetzliche Form beobachtet worden, contractus, die übrigen aber pacta nuda nannte. Diese Form nun bestand darin, daß derjenige, der sich zu etwas verbindlich machen sollte, feyerlich deshalb gefragt wurde, und feyerlich darauf antworten mußte, welche Handlung stipulatio hieß, wodurch also pactum in contractus verwandelt wurde. Es ist sehr wahrscheinlich, daß zu den Zeiten, da das Römische Recht in gewissen Formeln bestand, alle Geschäfte und Handlungen nicht anders als durch die Stipulation verbindlich gemacht werden konnten, mithin die Stipulation bey allen Contracten erfoderlich gewesen sey. [Note 4.]

§. 20. Nachdem aber das ius formularium schon von den Christlichen Kaisern **Valentinian** und **Theodosius** aufgehoben worden, und nach und nach in den Gerichten das Recht nicht sowohl durch feyerliche Formeln, als durch Billigkeit, seine Bestimmung erhielt; so ist zu vermuthen, daß nicht bloß diejenigen Geschäfte, welche durch eine Stipulation verbindlich gemacht worden, sondern auch andere Handlungen, besonders solche, welche öfters vorkommen, und der menschlichen Gesellschaft nothwendig und ersprießlich waren, in die Zahl der Contracte sind aufgenommen worden, so daß sie bey den Römern eben so verbindlich wurden, wie bey andern Völkern. Dieses wird noch mehr daher wahrscheinlich, weil wirklich öfters unter den Parteyen vor Gericht gestritten wurde, ob diese oder jene Verabredung für einen Contract, oder nur für ein pactum nudum zu halten sey. Es war deßwegen nöthig, gesetzlich zu bestimmen, welche Verabredungen, außer denen die

durch

durch eine Stipulation verbindlich wurden, eine verbindliche Kraft haben, oder welche Geschäfte in Gerichten für contractus gelten sollten. Dieserwegen wurden nomen und caussa als besondere Unterscheidungs Zeichen eines Contracts festgesetzt, so daß diejenigen Geschäfte und Handlungen, welche nomen oder caussam hatten, für contractus, alle übrigen aber für pacta nuda gehalten wurden, welche keine verbindliche Kraft hatten.

§. 21. Nomen und caussa aber haben in dieser Materie von Contracten ihre besondern Bedeutungen. Unter nomen wird nicht ein allgemeiner Nahme verstanden, mit welchem etwa diese oder jene Handlung im gemeinen Leben belegt wird, sondern ein solcher Nahme, der in Gesetzen diesem oder jenem Geschäfte beygelegt wird, und sein besonderes Wesen und Eigenschaften mit sich führet, auch gleichnahmige Klagen vor Gericht wirket. Caussa aber heißt die wirkliche Abgebung einer Sache oder Leistung der versprochenen Handlung, mit welcher der Contract seinen Anfang nimmt, so daß, ohne diese praestatio rei vel facti, kein Contract, sondern pactum nudum, vorhanden ist.

§. 22. Nomen und caussa bilden also ein sonst unverbindliches pactum zu einem Contract. Hierbey zeigt sich der Unterschied, daß diejenigen Handlungen, welche durch nomen zu Contracten werden, weiter nichts als den beiderseitigen Consens zu ihrer Gültigkeit erfodern, und werden daher contractus consensuales genannt, die mithin vermöge des Begriffs, den man davon hat, alle nominati sind. Diese sind also gleichsam als Ausnahmen von der Regel anzusehen, nach welcher alle Verabredungen sonst unverbindlich sind, und es

sind

sind hieher alle diejenigen Geschäfte zu rechnen, welche, wie in §. 21. bemerkt worden, in den Gesetzen mit besonderen Nahmen belegt sind, und denen besondere Eigenschaften beygelegt werden, die ihnen entweder wesentlich, oder natürlich ankleben. Diejenigen Verabredungen aber, wo der eine Theil dasjenige, was versprochen ist, wirklich geleistet, mithin von seiner Seite den Contract erfüllt hat, werden durch diese Prästation und deren Acceptation für den andern Theil verbindlich, und sind, weil die wirkliche Leistung zu ihrem Wesen gehört, eben deßwegen alle reales. Einige von diesen haben auch besondere Nahmen, und können deßwegen wieder in nominatos und innominatos abgetheilt werden, wiewohl ohne Nutzen. Siehe unten §. 28. 29.

§. 23. Da nun nach dem, was im vorhergehenden angeführt worden, der contractus litteralis im Justinianischen Rechte nicht existirt, die Quasi-Contracte aber nicht zu den Conventionen gehören, so bleiben nur drey Gattungen von Contracten übrig, nehmlich I. verbales, II. consensuales, III. reales, je nachdem der Grund der Verbindlichkeit in einer feyerlichen Frage und Antwort, oder im nomen, oder in caussa liegt. Die pacta hatten bey den Römern keine verbindliche Kraft. Da jedoch die naturalia der ordentlichen Contracte durch besondere Verabredungen abgeändert, oder deren accidentalia bestimmt werden konnten, so wurden sie, wenn dieses geschah, als ein Theil des Contracts angesehen, und waren so verbindlich, als der Contract selbst. Diese pacta hießen adiecta, weil sie ohne Contract nicht bestanden. Außerdem wurden in den folgenden Zeiten gewisse Handlungen begünstigt, daß die darüber getroffene Verabredung eine verbindliche Kraft hatte, und

diese wurden pacta legitima genannt, weil durch besondere Gesetze ihnen eine verbindliche Kraft beigelegt wurde a). Da nun alle Contracte durch die Gesetze verbindliche Kraft erhalten, so könnte man in dieser Rücksicht auch die pacta legitima zu den Contracten rechnen. Der Unterschied zwischen diesen pactis legitimis und Contracten soll darin bestehen, daß sie nicht nomen und caussam haben, sondern alle Puncte und Bedingnisse der Verabredung erst von den convenirenden Theilen bestimmt werden müssen. Doch gestehe ich gerne, daß dieses Unterscheidungs-Zeichen mir so fein und unbestimmt vorkommt, daß ich demjenigen, der die pacta legitima zu den contractibus consensualibus rechnen wollte, nicht widersprechen würde. [Note 5.]

a) Dergleichen sind: 1) pactum constituti 2) pignoris vel hypothecae 3) einige pacta usurarum 4) pactum compromissorium 5) sponsalia.

Dieses ist meine VorstellungsArt von dem Zusammenhang der Lehre von pactis und contractibus nach dem Justinianischen Rechte. Da ich aber auch bey Classification mehrerer einzelnen Contracte von der gewöhnlichen Meynung abgehe, so will ich auch hiervon im Folgenden noch kürzlich meine Gedanken erklären.

V. Von den contractibus consensualibus.

§. 24. Obgleich die RechtsLehrer in der Haupt-Abtheilung der Contracte meistens übereinstimmen, und das oben §. 2. 3. erklärte System annehmen, so sind sie doch bey mehreren einzelnen Contracten uneinig, wohin solche zu classificiren seyen. Nach den

oben

oben angeführten Grundsätzen rechne ich noch unter die contractus consensuales I. donatio, II. donatio propter nuptias, III. promissio dotis, IV. nuptiae, weil diese alle Charactere haben, die zu einem ConsensualContract erfoderlich sind. Die donatio soll nach der gewöhnlichen Lehre nicht unter die contractus, sondern unter die pacta legitima gehören, weil 1) in §. *un. Inst.* 3, 23. und *fr.* 2. *D.* 44, 7. der donatio nicht erwähnt werde, 2) weil sie keine besondere Form und Wesen habe, 3) weil nach *Nov.* 162. *cap.* 1. aus einer Schenkung nicht actione donationis, sondern ex lege condictitia geklagt werden könnte. Doch lassen sich diese Zweifel und Einwendungen leicht heben. Zu 1) ist zu bemerken, daß in den angeführten Gesetzen keineswegs alle contractus consensuales benahmt sind, sondern daß selbst nach dem Sinne der Gesetze alle diejenigen Contracte hieher zu rechnen sind, welche durch bloßen Consens gültig können abgeschlossen werden. Es ist aber ganz natürlich, daß von dem contractus donationis weder in den Institutionen noch Pandecten etwas vorkommen kann, weil damals eine Schenkung noch nicht ohne Stipulation oder wirkliche Uebergabe verbindlich vor sich gehen konnte, daher sie sogar unter die modos acquirendi gerechnet wurde [Note 6]. Allein in *const.* 35. *C.* 8, 54. hat Justinian verordnet, daß auch durch bloßen Consens eine Schenkung gültig kann gemacht werden, und sie gehört deßwegen von dieser Zeit an mit Recht unter die contractus consensuales. Zu 2) hat die donatio in den Römischen Rechten ihre essentialia und naturalia, wodurch sie von andern Contracten unterschieden wird; daß aber in *const.* 35. *C.* 8, 54. solche nicht der Reihe nach erzählt werden, ist kein Beweis dagegen:

 denn

denn in dieser Constitution hat Justinian nur verordnet, daß inskünftige die Schenkungen durch bloßen Consens gültig und kräftig seyn sollten; seine Absicht aber war nicht, deren Wesen und Natur zu erklären, maßen er solche so wie sie waren, unverändert gelassen, und eben die Rechte einer durch bloßen Consens gemachten Schenkung beigelegt hat, welche vorher nur die durch Uebergabe und Stipulation vollzogenen Schenkungen haben konnten. Zu 3) ist bekannt, daß condictio alle persönlichen Klagen bedeutet [Note 7], mithin streitet es gar nicht wider die angeführte Meynung, daß auch die Klage aus dem DonationsContract eine Condiction genennet werde, und weil in *const.* 35. *C.* 8, 54. eine ganz neue Verbindlichkeit in Ansehung der Schenkungen eingeführt worden, die vorher noch nicht existirte, so ist es sehr passend, wenn man diese Klage eine *condictio ex L.* 35. *C. de don.* nennt, und dies ist es, was in *Nov.* 162. *cap.* 1. eigentlich erklärt und angedeutet wird. Es hindert auch nichts, daß nicht actio donati ausdrücklich im Justinianischen Rechte vorkommt; denn wenn der Contract selbst seine rechtliche Bestimmung hat, so muß auch eine Klage daraus Statt finden, die man nennen kann, wie man will. Hieher gehört besonders *fr.* 7. §. 1. *D.* 2, 14., nach welchem alle Conventionen, die ihre eigenen Nahmen haben, unter die contractus zu zählen sind. Ueberdieß wird die donatio im Codex an mehreren Orten ganz ausdrücklich unter die contractus gerechnet.

§. 25. Ganz unstreitig gehört auch II. die donatio propter nuptias unter die contractus consensuales, da sie ihr besonderes Wesen und Natur hat, und durch bloßen Consens vollzogen wird. Da dieses Geschäft in der *Nov.* 119. *cap.* 1. ganz ausdrück-

drücklich unter die Contracte gezählt wird, so ist es in der That zu verwundern, daß man solche in den Lehrbüchern nicht unter deren Anzahl findet. Will man, um nicht von der gemeinen Lehre abzuweichen, nicht mehr contractus consensuales annehmen, als gerade diejenigen, welche in dem §. *un.* *Inst*. 3, 23. und *fr*. 2. *D*. 44, 7. benannt sind, so findet man freylich Schwierigkeiten, die sich nicht heben lassen. **Stryk** macht die Bemerkung, daß es etwas ganz besondres sey, daß die donatio propter nuptias in der *Nov*. 119. *cap*. 1. den Contracten wäre beigefügt worden, und will hier eine besondere Ausnahme von der Regel statuiren. **Hopp** aber geht auch von der gemeinen Lehre ab, und zählt dieses Geschäft zu den contractus consensuales, weil solches durch die *Nov*. 119. seine besondere Form und Natur erhalten hätte. Dieser Grund ist jedoch nicht so ganz richtig, indem in bemeldter Novelle weiter nichts geschehen ist, als daß die Stipulation und gerichtliche Insinuation, welche sonst zur Verbindlichkeit dieses Contracts erforderlich waren, sind nachgelassen, und der bloße Consens für hinreichend erklärt worden, um eine vollkommene Verbindlichkeit zu bewirken. Uebrigens ist in Ansehung des Wesens und der Natur dieses Contracts in der Novelle nichts geändert, sondern alles beym Alten gelassen worden.

§. 26. Auch III. dos konnte durch bloßen Consens gültig versprochen werden. Da nun auch dos seine besondere Natur und Wesen durch Gesetze erhalten, so ist dotis promissio unstreitig zu den contractus consensuales zu zählen. Einige wollen hier einen contractus innominatus facio vt des annehmen, allein diese Meynung, welche mit der Analo-

 gie

gie der Gesetze nicht übereinstimmt, hat Bachov gründlich widerlegt. Andere machen die Einwendung, daß dos durch die actio ex stipulatu müsse gefordert werden, und also aus dieser Ursache nicht zu den contractus consensuales könnte gerechnet werden. Sollte dieser Grund etwas beweisen, so müßte weiter folgen, daß hier ein contractus verbalis vorhanden wäre. Allein kein einziger Rechtsgelehrter hat solches noch behauptet, sondern einige zählen solche zu den contractus innominati, andere zu den pacta legitima, und noch andere zu den contractus consensuales. Um indessen auch diesen Zweifel zu heben, so wird zuvörderst hier wiederholt, daß ein jedes Geschäft und Handlung nicht nach seinem Nahmen und Worten, sondern nach seiner Natur und Wesen muß beurtheilt werden. Hiernächst aber ist zu wissen, daß nach dem ältern Römischen Recht dos auf keine andere Art als durch die Stipulation verbindlich versprochen, mithin auch keine andere als die Stipulations Klage gebraucht werden konnte. Da aber Kaiser Justinian die Nothwendigkeit der Stipulation aufgehoben, und einem bloßen Versprechen die nehmliche Kraft und Verbindlichkeit beigelegt hat, welche sonst nur die Stipulation haben konnte; so hat er geglaubt, daß er diesen seinen Sinn nicht besser ausdrücken könnte, als wenn er die Rechte der Stipulation nun auf ein bloßes Versprechen ausdehnte. Er verordnete daher, daß eine bloße promissio dotis eben so angesehen werden sollte, als wenn eine Stipulation wirklich erfolgt wäre, und gestattete deßwegen die ehemalige Stipulations Klage, obgleich die Stipulation nicht war gebraucht worden. Noch deutlicher erklärt er seine Meynung in *const. un.* §. 1. *C.* 5, 13. aus welcher zu ersehen ist, daß

solche

nur dahin gegangen sey, daß die actio ex promissione dotis vollkommen gleiche Natur, wie die actio ex stipulatu haben sollte [Note 8].

§. 27. Endlich rechne ich auch IV. nuptias zu den contractus consensuales, weil auch dieser Contract durch den bloßen Consens geschlossen wird, denn die Heimführung und Beylager gehören zur Consummation, aber nicht zum Wesen und zur Vollkommenheit des Contracts. Da hier zwey Personen verschiedenen Geschlechts sich zu gewissen gemeinschaftlichen Endzwecken verbinden, so ist dieser Contract eine Art der Societät, und nach deren Natur, und dem gemeinschaftlichen Zwecke zu beurtheilen. Einige nehmen hier eine besondere Art von Contracten an, und nennen die nuptias einen contractum personarum, welches aber von Hahn und Bachov gründlich widerlegt wird. Doch giebt letzterer eine ungegründete Ursache an, nehmlich weil dieser Contract weder einen besondern Nahmen noch Wesen habe, welches sich jedoch anders verhält. Mit dem contractus nuptiarum muß man die sponsalia nicht verwechseln, welche ein Versprechen zweyer Personen, einen contractum nuptiarum einzugehen [Note 9].

VI. Von den Real Contracten.

§. 28. Die contractus reales unterscheiden sich von den consensualibus, daß zu deren Existenz und rechtlichem Bestande mit Uebergebung einer Sache oder Leistung einer Handlung der Anfang muß gemacht worden seyn. Sie werden von den Rechtslehrern gewöhnlich in nominati und innominati eingetheilt. Von jenen werden vier species angegeben: mutuum,

tuum, commodatum, depositum. pignus; von letztern giebt es unzählige, die aber doch unter vier allgemeinen Classen begriffen sind, nach den bekannten Formeln: do vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias. Der wesentliche Unterschied zwischen contractus nominati und innominati soll darin bestehen 1) daß jene eine gleichnahmige Klage hervorbringen, diese aber actionem praescriptis verbis; 2) daß bey den contractus innominati derjenige, welcher seiner Seits etwas geleistet hat, die Wahl habe, ob er das Geleistete von dem MitContrahenten, der den Contract nicht erfüllt hat, zurückfordern, oder diesen zu Erfüllung des Contracts anhalten wolle, welche Wahl aber bey den contractus nominati nicht Statt finde, weil in diesen keiner ohne des andern Einwilligung einseitig vom Contract zurücktreten dürfe. Zu dessen Begründung beziehen sie sich auf *const.* 5. *C.* 4, 10. Da ich auch hierin von der gemeinen Meynung abgehe, indem ich 1) keinen wesentlichen Unterschied zwischen contractus reales nominati und innominati finde, und 2) noch mehrere *contractus reales nominati* annehme, als die oben angegebenen vier species, so will ich noch über beide Puncte mich erklären.

§. 29. Daß diejenigen Contracte, die keine besonderen Nahmen haben, auch keine Klagen mit besonderen Nahmen hervorbringen, ist eine nothwendige Folge, die aus der Eigenschaft dieser Contracte fließt. So lange aber damit nicht besondere rechtliche Wirkungen verbunden sind, ist diese Abtheilung und Distinction der Contracte ganz ohne Zweck und Nutzen, und man kann nicht sagen, daß sie dadurch ein anderes Wesen erhalten, indem eine Klage aus einem contractus nominatus nicht mehr und nicht weniger recht-

rechtliche Kraft und Wirkung hat, als eine actio P. V. Diejenigen aber, welche doch einen Unterschied annehmen, setzen solchen in der facultas poenitendi, die bey den contractus innominati Statt finde, bey den contractus nominati aber nicht. Allein auch dieser Unterschied existirt nicht. Fürs erste ist zu bemerken, daß das im vorigen §. zu dessen Begründung angezogene Gesetz nicht auf alle contractus nominati paßet, sondern seine Ausnahmen hat in societate, deposito, mandato. Fürs andere aber kann solches bey den contractibus realibus gar keine Anwendung finden, oder vielmehr die facultas poenitendi kann keinen Unterschied bilden; denn alle contractus reales nominati haben dieses mit einander gemein, daß derjenige, welcher eine Sache empfangen hat, verbunden ist, die Bedingnisse zu erfüllen, unter welchen ihm solche gegeben worden. So lange er aber solche nicht erfüllt, hat der Geber die Wahl, ob er seine Sache zurückfordern, oder auf die Erfüllung der Bedingniß klagen will. Wenn nun aber die verabredete Bedingniß selbst darin besteht, daß die übergebene Sache zu einer bestimmten Zeit in genere oder specie zurückgegeben werden soll, so kann von diesem nicht gesagt werden, daß er die Bedingniß der Rückgabe nicht erfüllt habe, als bis die ihm hierzu bestimmte Zeit verflossen ist. Will aber der Eigenthümer der Sache nach Ablauf der bestimmten Zeit die facultas poenitendi ausüben, weil der Gegentheil die Bedingniß des Contracts nicht erfüllt hat, so ist dieses das Nehmliche, als wenn er aus dem Contract selbst auf die bedungene Rückgabe klagt. Wo jedoch die facultas poenitendi noch ihre Wirkung äußern kann, da findet sie bey allen contractibus realibus Statt, sie seyen nominati oder innomi-

 nati,

nati, mithin ist solche zwischen beiderley Arten von Contracten kein characteristisches Unterscheidungs Zeichen [Note 10].

§. 30. Nach der gewöhnlichen Lehre werden nur vier contractus reales nominati angegeben, mutuum, commodatum, depositnm. pignus, weil in den *Inst*. 3, 15. nur diese vier benannt sind. Allein es stehet weder in diesem Gesetz, noch anderwärts im Corpus Juris, daß es keine anderen contractus reales gebe, als die eben genannten, und es haben auch schon Andere bemerkt, daß die vier bemeldeten Contracte nur beyspielsweise angeführt worden, und es deren noch mehrere gebe. Ich rechne also dahin alle diejenigen mit besonderem Nahmen bezeichneten Handlungen, wo jemand unter gewissen Bedingnissen, die er zu erfüllen verspricht, von einem andern etwas empfängt. Mithin gehören außer den obbemeldten noch hieher I. foenus, II. locatio conductio, III. precarium, IV. receptio in navem, cauponam, stabulum, V. permutatio, VI. contractus aestimatorius. Das I. *foenus* wird gemeiniglich mit dem mutuum verwechselt, und beide für gleichbedeutend gehalten; allein der wesentliche Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß das mutuum unentgeltlich ist, beym foenus aber Zinsen für den Gebrauch einer res fungibilis bezahlt werden, daher auch in Gesetzen das mutuum vom foenus unterschieden wird [Note 11]. II. *Locatio conductio* ist hier derjenige Contract, durch welchen ich einem andern den Gebrauch einer res non fungibilis auf eine bestimmte Zeit um einen gewissen Lohn überlasse; sie grenzt also nahe an das commodatum, und verhält sich zu diesem, wie foenus zum mutuum. Sie wird auch hier in einem andern Sinne genommen, als der contractus

con-

consensualis gleiches Nahmens, durch welchen mir die Verbindlichkeit erworben wird, daß der andere mir die versprochene Sache zum Gebrauch überlassen muß [Note 12].

§. 31. Eine ganz nahe Verwandtschaft mit der locatio conductio und mit dem commodatum hat III. das *precarium*, und unterscheidet sich von letzterem bloß dadurch, daß im commodatum der Gebrauch einer Sache auf eine bestimmte Zeit, im precarium aber auf eine unbestimmte Zeit eingeräumt wird. Bey dieser großen und in den Gesetzen selbst bemerkten Aehnlichkeit beider Contracte ist es zu verwundern, daß das precarium nicht eben so, wie das commodatum zu den contractibus realibus gerechnet wird. Und doch sind die Meynungen der Rechtslehrer bey keinem Contracte so sehr getheilt, als bey dem precarium. Einige machen daraus einen Quasi-Contract, andere einen contractus innominatus do vt facias, andere einen contractus realis nominatus, noch andere aber sagen, es sey eine besondere Handlung, die unter keine der gewöhnlichen Classen von Contracten gehöre. Die gemeine Meynung ist, daß das precarium unter die contractus innominati gehöre, weil es 1) unter mehreren Contracten in *fr.* 23. *D.* 50, 17. benannt würde, 2) weil condictio incerti und actio praescriptis verbis daraus gegeben würde, welche nur den contractibus innominatis zukäme. Diejenigen, welche einen QuasiContract behaupten, sagen, daß der angeführte erste Grund nicht erheblich sey, indem das precarium nur um deßwillen mit andern Contracten angeführt würde, weil es in Ansehung der culpae praestatio mit mehreren Contracten übereinkomme. Die actio P. V. aber sey entweder regularis oder irregularis, die letztere

finde

finde in allen Geschäften Statt, wo natürliche Billigkeit zum Grunde liege, und eine andere Klage nicht Statt habe, und von dieser Beschaffenheit sey denn diejenige Klage, welche in *fr.* 2. und 19. *D.* 43, 26. vorgeschrieben wird. Sie zählen daher das precarium zu den QuasiContracten, weil dessen Verbindlichkeit aus der natürlichen Billigkeit hergeleitet werde, und dieses das eigentliche characteristische Kennzeichen der QuasiContracte sey. Noch andere, welche die Schwierigkeiten wohl einsehen, diese Meynungen mit den Gesetzen zu vereinbaren, sagen, es sey eine besondere Handlung und actus liberalitatis, welche zu keiner Art der gewöhnlichen Contracte gehörte. Dieses soll besonders daraus abzunehmen seyn, weil keine ordentliche Klage de precario Statt fände, sondern ein interdictum de precario und actio praescriptis verbis.

§. 32. Da das precarium einen besondern Nahmen, Natur und Wesen hat, welches, wie oben bemerkt worden, mit dem commodatum bis auf den einzigen Umstand übereinkommt, daß hier eine Zeit der Zurückgabe vorausbestimmt ist, die dort bloß von der Willkühr des Gebers abhängt, so ist nicht zu begreifen, warum dieses geringen Unterschiedes wegen das precarium zu einer ganz andern Classe von Contracten gehören solle, als das commodatum. Man zählt es daher mit bestem Rechte zu den contractibus realibus, und kann die daraus entstehende Klage mit eben dem Rechte actionem ex precario nennen, als man die actiones mutui, commodati, depositi und andere Klagen von ihren Contracten benennet. Indessen ist dieser Zweifel leicht zu heben, und aus den Römischen Alterthümern zu erklären. Nach dem alten Römischen Rechte hatten, wie oben gezeigt wor-

den,

den, keine Handlungen eine verbindliche Kraft, und es fand auch keine Klage Statt, wenn sie nicht durch eine Stipulation waren bekräftigt worden. Wer also dem andern seine Sache auf unbestimmte Zeit zum Gebrauch hingegeben, und sich nicht durch eine Stipulation vorgesehen hatte, konnte auf die WiederErlangung seines Besitzes nicht klagen, sondern höchstens nur durch die äußerst beschwerliche Vindications-Klage sein Eigenthum in Anspruch nehmen. Da jedoch der Prätor dieses sehr unbillig fand, welcher oft durch Worte und Wendungen gegen die strengen Rechte den Parteien zu Hülfe kam, um sie außer Schaden zu setzen, so erlaubte er, daß derjenige, welcher den Besitz seiner Sache zurückverlangte, mit Vorbeygehung der Vindication ein Interdict begehren konnte, wodurch ihm der Besitz wieder verschafft wurde. Nachdem aber in den folgenden Zeiten mehrere Contracte eingeführt, und actio P. V. aus denjenigen Handlungen gegeben wurde, wo der eine Theil etwas wirklich geleistet hatte, um von dem andern die Erfüllung seines Versprechens zu erhalten, wie solches bey allen contractibus innominatis der Fall ist, so wurde die nehmliche Klage auch auf das precarium angewendet, so daß der Eigenthümer mittelst derselben wider den Besitzer auf die Erfüllung des Versprechens, oder welches einerley ist, auf die Abtretung des Besitzes klagen konnte. Wenn man also die Zeiten wohl unterscheidet, da bey den Römern nach Verschiedenheit ihrer GerichtsVerfassung dieses oder jenes für Recht galt, so findet man auch gar keinen Widerspruch darin, daß wegen eines precarium bald ein Interdict mit Ausschließung aller CivilKlagen, bald eine actio P. V. gegeben wurde. Und man hat, um diese widersprechenden Gesetze zu vereinbaren,

nicht nöthig, zu allerley Distinctionen seine Zuflucht zu nehmen, welche anstatt die Schwierigkeiten zu heben, vielmehr neue erzeugen, und die Sache noch mehr verwirren. Denn so viel ist außer Zweifel, daß zu der Zeit, da das interdictum de precario eingeführt worden, die actio P. V. noch nicht Statt gefunden hat [Note 13].

§. 33. Die IV. receptio in nauem, cauponam, stabulum, wird von den meisten Rechtslehrern nicht zu den eigentlichen Contracten, sondern zu denjenigen Handlungen gerechnet, welche sie mit dem Nahmen quasi-contractus belegen. Allein selbst nach der gemeinen LehrArt, welche die Präsumtion des Consenses als ein characteristisches Kennzeichen der QuasiContracte angiebt, gehört die receptio nicht in diese Classe. Denn hier ist kein erdichteter oder vermütheter, sondern ein wirklicher Consens vorhanden, der durch die Reception deutlich genug erklärt ist. Eine solche Thathandlung, die einen Consens voraussetzt oder mit sich führt, ist zu allen wirklichen Contracten hinreichend, und die Rechtslehrer selbst stellen nicht in Abrede, daß bey der receptio nicht ein beiderseitiger Consens vorhanden sey. Indessen sieht ein jeder leicht ein, daß diese receptio mit dem depositum oder der locatio conductio eine genaue Verwandtschaft und große Aehnlichkeit hat, und je nachdem für die Aufnahme der Sachen etwas gegeben wird oder nicht, solche entweder zur locatio conductio oder zum depositum gerechnet, ebendeßwegen aber auch mit diesen Klagen zurückgefordert werden kann. Da jedoch solche darin von beiden differirt, daß die aufgenommenen Sachen auch alsdenn ersetzt und vergütet werden müssen, wenn sie auch ohne einige Schuld des Aufnehmers in seinem Schif-

fe,

se, Hause oder Stalle, Schaden genommen haben, so hat der Prätor eine besondere Klage de recepto gegeben. Da also diese receptio nicht nur ihre besondere Natur und Wesen hat, sondern auch eine Klage gleiches Nahmens hervorbringt, so gehört sie mit allem Rechte zu den contractibus nominatis und zwar realibus, weil die wirkliche Reception zu ihrem Wesen gehört, und erst durch diese eine Verbindlichkeit erzeugt wird [Note 14].

§. 34. Die V. *permutatio* und VI. *contractus aestimatorius* haben beide ihre besondern Nahmen, auch ihre gesetzliche Natur und Wesen, daher solche auch von mehreren Rechtslehrern den contractibus nominatis beygezählt werden. Andere aber rechnen sie um deßwillen zu den contractibus innominatis, weil die facultas poenitendi bey beiden Statt findet, welche Eigenschaft aber den contractibus nominatis abgesprochen wird. Allein es ist oben (§. 28. 29.) gezeigt worden, daß dieser Unterschied nur in der Einbildung besteht, und in der That selbst nicht existirt. Man kann sicher annehmen und behaupten, daß die facultas poenitendi bey allen contractibus realibus Statt finde, allein bey den meisten nominatis ist die Ausübung dieses Rechts mit der Klage aus dem Contracte selbst ganz einerley. Es fällt also die hier gemachte Schwierigkeit, warum permutatio und contractus aestimatorius nicht zu den contractibus nominatis könnten gerechnet werden, von selbst weg.

Noten

Noten des Herausgebers.

Note 1 zu §. 6.

Gegen den schriftlichen Aufsatz über eine Stipulation läßt Justinian in der angeführten Stelle nicht jeden Beweis: daß nicht wirklich eine Stipulation vorgegangen sey, zu; sondern nur den Beweis einer Unmöglichkeit, die sich aus dem alibi, und zwar aus dem Aufenthalte in einer ganz andern Stadt ergiebt. Der Schuldner also, der nur zeigen will, daß er auf keine Stipulation geantwortet habe, oder daß er diesen ganzen Tag über in einem andern Hause, als der Gläubiger, gewesen sey u. s. w., wird mit seinem Beweise nicht gehört.

Der Grund dieser Verordnung lag wohl zum Theil in dem Vorzuge, den der schriftliche Beweis bey Justinian vor der ZeugenAussage hatte; ein Vorzug, von dem sich selbst in der angeführten Constitution eine Spuhr findet: et *melius quidem* si per scripturam, *vel saltem* per testes vndique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit. — Dann aber scheint den Verfasser dieser Verordnung auch noch ein dunkles Gefühl, die Theorie von der Stipulation passe nicht mehr ganz zu dem übrigen Rechte, geleitet zu haben. Ein Geschäft wird sehr erschwehrt und beinahe auf die Bewohner

wohner derselben Stadt eingeschränkt, sobald man persönliche Gegenwart der Partheyen erfordert, wie wir dies noch jetzt an dem Ab- und ZuSchreiben bey GiroBanken sehen *). Die Stipulation paßte also in der Folge weit weniger, als zu der Zeit, wo sie entstand, d. h. wo d r Staat, der ganze Inbegriff aller derer, welche aus dem Römischen Rechte klagen und belangt werden durften, noch in der Stadt und ihrem Weichbilde concentrirt war, und wo bey PrivatHandlungen nie ein schriftlicher Aufsatz vorkam, der etwa andre Feyerlichkeiten entbehrlich machte. Es ist daher auch sehr wahrscheinlich, was Herr L. vermuthet, daß in den ältesten Zeiten jedes klagbare Versprechen eine Stipulation seyn mußte, wenn nehmlich nicht der eine Theil schon erfüllt hatte, und er also durch das Nicht-Worthalten des andern offenbar in eine schlimmere Lage gekommen wäre, als in der er sich vor der Verabredung befand **). In den folgenden Jahrhunderten, da die Römer über drey Welttheile herrschten, und bey fortschreitender Cultur die Schreibkunst weit häufiger benutzten, bequemte sich die

*) Büsch's Abh. von den Banken §. 8. in den Schriften über die Handlung S. 172.

**) Lehrbuch der RechtsGeschichte §. 30.

die RechtsTheorie nach diesem veränderten Zustande der Dinge, theils durch die Aufnahme der ConsensualContracte, theils durch den Grundsatz: daß die Stipulation eines Sklaven für seinen Herrn, diesem immer ein Recht geben, und eine Verbindlichkeit doch wenigstens alsdann zuziehen sollte, wenn der Herr es ihm befohlen hatte. Ein Römer konnte also Jahre lang aus Italien abwesend seyn, und doch, durch Stipulationen in Rom, Rechte erwerben und Rechte ertheilen, sobald er nur einen Sklaven da hatte.

Im Grunde waren dies aber nur Accommodationen, die die Römer nicht nöthig gehabt hätten, wenn sie, wie mancher denken wird, so aufgeklärt gewesen wären, lieber das alte Gebäude niederzureißen, als es zum Andenken ihrer Väter, die sich so gut dabey befunden hatten, und denen die Besten aus der spätern Generation so gerne nachahmten, stehen zu lassen und nur so weit zu verändern, als es sich von selbst ergab, eben weil es unumgänglich nöthig war. Je mehr die Einwohner des Römischen Reichs in Sprache, Sitten, Religion, StaatsVerfassung, selbst im Lande, das sie bewohnten, den alten Römern unähnlich wurden, desto lästiger und zweckloser schien die Beybehaltung irgend eines Rechtssatzes, der

der sich am meisten nur dadurch empfahl, daß er von jeher so gewesen war. Die Griechen und Asiater mußten die Römische Stipulation so ganz willkührlich und also auch wohl, ihrer Idee nach, so unvernünftig finden, als einem Wilden unser Handschlag scheinen würde; und wer weiß, ob nicht sogar hier und da ein Kirchenvater es bedenklich fand, daß seine christlichen Zuhörer zur Begründung eines Zwangsrechts mehr brauchten, als ein bloßes Ja, Ja, Nein, Nein, oder doch mit dem schriftlichen Ja sich nicht immer begnügten. Das Römische Recht hatte seit seiner Versetzung unter ein in allem, nur dem Nahmen nicht, ganz anderes Volk, eine beständige Neigung, das, was bloß Römisch war, abzulegen oder zu mildern, und zu diesem bloß Römischen gehörte dann auch die Stipulation.

Aus diesem Hange des Rechts erklärt sich die Constitution von Leo *), man mag sie auch auslegen wie man will. Gewöhnlich wird sie, wie man weiß, so genommen, als ob durch sie bloß

*) *const.* 10. *C.* 8, 38. Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae, suam habeant firmitatem.

bloß die solennen Formeln abgeschafft worden seyen. Allein daß vorher bey jeder Stipulation, Formeln der Frage und der Antwort vorgeschrieben waren, bezweifle ich aus dem, oben S. 94 angeführten, Grunde gar sehr. Der Kaiser müßte also nur bey einigen der gewöhnlichsten, etwa bey den gerichtlichen, Stipulationen die Formeln abgeschafft haben — Eine andre Erklärungs-Art hat der sel. Leyser versucht, der mit dieser Constitution beweisen will, die allgemeine Verbindlichkeit oder Klagbarkeit der Pacten gründe sich nicht erst auf das Canonische oder auf das Deutsche, sondern schon auf das Römische Recht. Dies ist nun aber eine Entdeckung, die jeden andern, der nicht so viele casus in terminis nach der beliebten Ordnung der Pandecten vortrüge, wie Leyser, um seine ganze juristische Ehre bringen könnte. Es ist ja die bekannteste Sache, daß noch in Justinian's Compilation der Unterschied zwischen Stipulationen und Pacten nichts weniger als eine Antiquität ist; und wie läßt es sich denken, Justinian's Leute hätten eine solche Verordnung seines vierten Vorgängers nicht mehr verstanden? Aber freylich consequenter wäre es in anderer Rücksicht gewesen, wenn Justinian das gethan hätte, was Leo gethan haben soll, er, der selbst in dem allergefährlichsten Geschäfte, in

dem,

dem, welches am allerleichtesten eine Einschränkung verträgt, und welches auch wirklich durch die Insinuation eingeschränkt war, sobald es sehr große Summen betraf, — in der Schenkung, jedem an sich nicht fehlerhaften Vertrage die Wirkung beylegte, daß man daraus klagen konnte. Wer dem andern versprochen hatte, ihm tausend Thaler zu schenken, der wars schuldig ohne alle Rücksicht auf Stipulation; wer aber versprochen hatte, sie zu leihen, der wars nicht schuldig, wenn ers nicht auf vorhergehende Frage mündlich zusagte. Dies mußte um nichts billiger scheinen, als die Sophistereyen der Juden im Evangelium über das schuldig und nicht schuldig bey Eiden; und das Geringste, was gethan werden konnte, war wohl, daß Justinian den Beweis der nicht wirklich beobachteten Stipulation, sobald ein schriftlicher Aufsatz darüber vorhanden war, äußerst erschwehrte.

Note 2. zum Schlusse des zweyten Abschnitts.

Mir scheint es allerdings von dem Herrn Verfasser bewiesen zu seyn, daß das Justinianische Recht keinen wahren LitteralContract kennt, hauptsächlich aus dem Grunde, weil gewiß kein Kläger sagen wird, er klage ungeachtet er nicht wirklich ein Darlehn gegeben habe, also bloß deswegen weil sein Gegner so

unvorsichtig gewesen sey, ihm die Handschrift zu lassen. So oft dieser angebliche Litteral-Contract ins Spiel kommt, so ist es immer nur, um ein Darlehn zu beweisen. — Auf der andern Seite ist es doch aber wohl eben so unleugbar, daß es die Absicht Justinians und seiner Leute war, sagen zu können: Wir haben auch einen LitteralContract; und deßwegen machten sie sich die Freude, den Rechtssatz, der noch die meiste Aehnlichkeit damit zu haben schien, bey der Gelegenheit vorzutragen, da sie den alten LitteralContract als eine Antiquität erwähnten. Befolgen wir die Natur der Sache, so nehmen wir keinen LitteralContract mehr an; befolgen wir die VorstellungsArt Justinian's, so thun wir das Gegentheil. Welche von beiden Rücksichten verdient den Vorzug?

Ich weiß noch immer keinen bessern Ausweg, als den Unterschied, den ich bisher in diesem Stücke befolgt habe, und der mir noch in einer Menge anderer Puncte sehr brauchbar scheint; den Unterschied nehmlich zwischen dem Vortrage bloß des anwendbaren, heutigen Römischen Rechts, und zwischen dem des vollständigen Justinianischen Systems. In jenem darf, wie ich glaube, die Theorie von der exceptio non numeratae pecuniae gar nicht als

als ein eigener Contract, sondern bloß bey dem Beweise durch Urkunden, vorkommen. So steht sie schon in der ersten Ausgabe der Institutionen des heutigen Römischen Rechts im §. 137., nur mit der Unbestimmtheit, die freylich bey der äußersten Kürze schwehr zu vermeiden ist, daß dort von Empfangscheinen überhaupt gesagt wird, was nur auf zwey Arten derselben, die über ein Darlehn, und die über ein Heurathsgut, paßt. — Kommt es aber im Gegentheil darauf an, das System des Justinianischen Rechts vorzutragen, zu zeigen, nicht wie sich etwas überhaupt ansehen läßt, sondern wie es von den Compilatoren und ihrem Kaiser angesehen ward; so wird sicher auch Herr L. nichts dagegen haben, wenn man unter den Contracten noch immer den LitteralContract beybehält, und das erklärt, was in den Institutionen dafür ausgegeben wird. Dies habe ich im Lehrbuche der RechtsGeschichte §. 167. geglaubt thun zu müssen.

Gelegenheitlich will ich hier noch etwas von dem Falle sagen, da ein ConsensualContract nach ausdrücklicher Verabredung der Parteyen erst durch einen schriftlichen Aufsatz verbindlich wird. Herr Höpfner warnt §. 864. sehr dagegen, daß man ein solches Geschäft darum doch nicht für einen LitteralContract

halten dürfe, wofür er übrigens nicht nur die Theorie von der exceptio non numeratae pecuniae, sondern auch die von der exc. non numeratae dotis ansieht, also darin zwar consequenter ist, als die von Herrn L. bestrittenen Schriftsteller, aber auch die Worte der Institutionen weniger für sich hat. Sein Grund, warum ein Kauf, bey welchem der schriftliche Aufsatz wesentlich gemacht worden ist, kein LitteralContract sey, ist der, daß jeder Contrahent mit dem Beweise des Gegentheils gegen die Urkunde gehört werde. Dieses Argument kann freylich alle diejenigen nicht überzeugen, die noch nach Verfluß der zwey Jahre auch bey dem gewöhnlich so genannten LitteralContract dem angeblichen Schuldner den Beweis, daß er nichts empfangen habe, gestatten. Aber selbst wenn man hierin Herrn Höpfner's Meynung annimmt, so ließe sich doch wohl immer noch sagen, ein LitteralContract sey jeder, bey dem die Verbindlichkeit erst durch den schriftlichen Aufsatz entstehe, wenn gleich Betrug oder Irrthum die Entstehung der Verbindlichkeit, ungeachtet des schriftlichen Aufsatzes, hindere; ohngefähr so wie ein VerbalContract auch durch Irrthum oder Betrug ungiltig werden könne, ohne daß darum kein Unterschied zwischen ihm und einem ConsensualContract wäre. Doch dies ist ein Wortstreit,

streit, in welchem man um so eher nachgeben kann, da Justinian nirgends diese Geschäfte da einrangirte, wo sie vielleicht nach den Sitten seines Zeitalters und nach seiner eigenen Verordnung hin gehörten. Die Verordnung, welche ich hier meyne und die mir wichtiger scheint, als man gewöhnlich glaubt, steht *const.* 17. *C.* 4, 21. Aus einem Contracte, quem in scriptis fieri placuit, soll vor dem schriftlichen Aufsatze gar keine Klage entstehen, auch nicht einmahl auf Perfection des Contracts. Diese Constitution halte ich für ein ziemlich starkes Argument zur Entscheidung der Frage: ob, wenn nach Landesgesetzen ein Geschäft gerichtlich bestätigt werden muß, jeder Theil davon abgehen könne, so lange die Bestätigung noch nicht erfolgt ist, oder aber ob der Gegner, zwar nicht aus dem Contracte, aber doch auf die Bestätigung desselben klagen dürfe.

Note 3 zum §. 17.

Diese Hypothese paßt wohl schwehrlich auf alle Geschäfte, die in den Institutionen bey der Lehre von den Obligationen quasi ex contractu angeführt werden. Wenigstens wüßte ich nicht, wie man bey der hereditatis aditio, ohne sichtbaren Zwang, sagen könnte, es sey eine Sache des Legatars, als des Klägers, zum Nutzen des Erben, ohne dessen Einwilli-

gung verwendet worden. Man denke vollends an den Fall, wo das Legat darin besteht, daß der Erbe eine Handlung verrichten, nicht aber eine Sache geben soll.

Herr Prof. **Weber** hat in der oben angeführten Abhandlung eine andre Idee aufgestellt, woraus es sich erklären lasse, warum gerade diese Geschäfte, und warum keine anderen unter die Quellen der obligationes quasi ex contractu gerechnet werden; bey allen diesen, und nur bey diesen, soll sich eine auffallende Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte finden. Die Idee ist scharfsinnig, und läßt sich bey der indebiti solutio, bey der negotiorum gestio und andern ähnlichen sehr gut durchführen. Hingegen die leidige hereditatis aditio ist auch hier die Klippe, woran die Hypothese, meines Erachtens, scheitert. Wer Herrn **Webers** Buch nicht gelesen hat, wird wohl schwehrlich errathen, an welchen Contract dieses Geschäft grenzen soll; und noch schwehrlicher wird man wohl mit dem Vergnügen, das sonst aus der unerwarteten Auflösung einer Schwierigkeit entsteht, hören, daß der Erbe, im Nothfall, ja als der Bevollmächtigte der Legatarien angesehen werden könne. Schwehrlich würden die Classiker sich die Idee eines Bevollmächtigten, der auch ohne alle Rück-

sicht

sicht auf den Bevollmächtiger eine Handlung vornehmen dürfte, oder eines Bevollmächtigers, der das selbst nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, gerne unterschieben lassen [*)].

Wollen wir denn aber zu dem fingirten Consense zurückkehren? — Auch dieses nicht. Wir wollen uns lieber aller so fein gesponnenen Hypothesen enthalten, und uns mit dem begnügen, was der Text der Institutionen sagt: quae quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur; sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur; d.h. nach meiner Paraphrase: Es sind keine Contracte, aber weil sie doch noch weniger mit Vergehungen in eine Classe gesetzt werden können, so mögen sie hier einen Anhang zu den Contracten, als ein Analogon davon, abgeben. Der Grund ist freylich etwas roh, und beantwortet die Frage gar nicht, warum denn nicht auch die andern variae causarum figurae, z. B. die pacta legitima, die sogenannten obligationes ex lege u. a. hier abgehandelt werden? Weil aber diese Frage auch

[*) Diese letztern Gründe halte ich nicht mehr für richtig, so sehr ich auch noch immer überzeugt bin, daß die hereditatis aditio mit dem mandatum keine Aehnlichkeit hat.]

auch bey den andern Erklärungsarten übrig bleibt, — denn Herr Prof. **Weber** wird zugeben, daß das pactum de donando, welches nicht angeführt ist, doch noch mehr Aehnlichkeit mit einer Stipulation habe, als die hereditatis aditio, die angeführt ist, mit einem Mandate hat, — so wollen wir ohne Bedenken gestehen, daß dies eine kleine Inconsequenz der Verfasser der Institutionen — nach der ersten Grundlage, oder nach der Umarbeitung — sey. Den ersten Stein mag alsdann auf sie werfen, wer je so äußerst mannichfaltige, durch den Sprachgebrauch zum Theil willkührlich classificirte Begriffe, wie die Quellen der Obligationen sind, in einem so kurzen Lehrbuche für die ersten Anfänger in lauter ganz logisch richtige Gattungen vertheilt hat, ohne einige zu übergehen, und ohne daß ihm zuletzt noch einige unrangirte übrig geblieben wären, von denen er nun noch zusammenstellte, was sich nur einigermaßen unter denselben allgemeinen Nahmen bringen ließ.

Note 4 zum §. 19.

Ich berufe mich hier auf das, was ich in der ersten Note erinnert habe, daß meines Erachtens die Allgemeinheit der Stipulation unmöglich auf die Real Contracte ausgedehnt werden kann. Bey keinem Volke in der Welt

wird wohl leicht derjenige, der gesteht, daß ihm der andere etwas geliehen habe, sich dadurch von der Zurückgabe befreyen können, daß er sagt, es sey keine Förmlichkeit beobachtet, und so lange es an dieser fehle, dürfe niemand zur Erfüllung seines Versprechens gezwungen, oder an der Aenderung seines vorigen Entschlusses gehindert werden. Wenn auf einen Vertrag Ablieferung gefolgt ist, wenn er dadurch zum RealContracte wird, so besteht die Reue ja gerade darin, daß der Empfänger die Sache zurückgiebt Hätte auf diese Zurückgabe keine persönliche Klage angestellt werden können, so wäre dem andern in den ältesten Zeiten nichts übrig geblieben, als die Vindication, und mit dem dazu erforderlichen Beweise des Römischen Eigenthums wäre er gewiß nicht immer fortgekommen.

Noch weniger läßt sich wohl behaupten, daß es, wie der folgende §. zu sagen scheint, bis auf die christlichen Kaiser hin, keine Consensual-Contracte gegeben habe. Denn von diesen sprechen ja tausend Stellen aus den Zeiten des classischen PandectenRechts.

Note 5 zum §. 23.

Der Begriff von einem Contract ist meiner Meynung nach ganz historisch; man kann keine

bloß

bloß wesentliche Kennzeichen angeben, die nicht auch auf alle klagbare pacta paßten. Um beide Arten von Geschäften zu unterscheiden, muß man nothwendig zu an sich zufälligen Thatsachen seine Zuflucht nehmen. Contracte hießen die Conventionen, welche von jeher eine Klage bewirkt hatten, oder die später entstandenen, welche aber ausdrücklich zu Contracten gemacht wurden, z. B. der EmphyteutContract. Nur in diesem Sinne kann es ein Character der Contracte heißen, daß sie, wie man sagt, schon nach allgemeinen Rechtsregeln klagbar sind. Ein in der Natur der Sache gegründetes, ohne historische Data erkennbares Merkmahl enthält auch dieser Ausdruck nicht; denn wer will a priori zeigen, warum ein Kauf, aber nicht eine versprochene Schenkung, durch bloße Mienen, nach allgemeinen Rechtsregeln verbindlich geschlossen werde? Hätte der bloße Consens über eine künftige Schenkung, etwa schon zu Cicero's Zeiten, oder überhaupt damahls, als der Römische juristische Sprachgebrauch sich bildete, eine Klage bewirkt, so würden wir dieses Geschäft eben so natürlich unter die ConsensualContracte setzen, als jedes andre. So aber erlangte diese Uebereinkunft ihre Klagbarkeit viel später, da gleichsam die Zahl der Contracte schon geschlossen war, und durch eine Verordnung, deren Urheber wir

noch

noch recht gut kennen. Bloß aus diesem Grunde ist sie kein Contract, und wird im Römischen System nicht unter den Contracten aufgeführt, ob sie gleich im Wesentlichen gar nicht von diesen verschieden ist, und deßwegen in den Schriften über das heutige Römische Recht gar wohl zu ihnen gerechnet werden kann. Auch hier wage ich es wieder, das verschiedene Verfahren, welches ich in den Institutionen des h. R. Rechts §. 58., und in der Rechtsgeschichte §. 168. beobachtet habe, als ein Beyspiel anzuführen, wie ich glaube, daß man, je nachdem der Gesichtspunct verschieden ist, eine Distinction, die nur auf historischen Gründen beruht, bald beybehalten, bald hintansetzen dürfe.

Wem übrigens der Herr Verf. den Begriff von nomen und caussa zu sehr einzuschränken scheint, wenn er jenes Wort bloß auf die ConsensualContracte, und dieses bloß auf die realen zieht, der muß bedenken, daß in dem Texte selbst auch die VerbalContracte angeführt sind, welchen gewiß nomen und caussa nicht abgesprochen wird. Auch diese beiden Begriffe dünken mich historisch. Nomen heißt nicht nur eine eigene Benennung der Klage, etwa in den Schriften der Rechtsgelehrten, denn sonst müßte die actio sequestraria

traria, aestimatoria u. a. auf lauter benannte Contracte sich beziehen; sondern es kam wohl darauf an, ob in der ProceßOrdnung eine eigene Klage genannt, oder nur die allgemeine Klage: praescriptis verbis verheißen war. Caussa heißt wohl alles, was macht, daß aus einer Convention von jeher geklagt werden durfte; die caussa kann also nicht bloß in einer wirklichen Leistung, sondern auch in mündlich ausgesprochenen Worten, ehemals in einem schriftlichen Aufsatze liegen; oder es konnte sogar in dem Consense selbst, ohne weiteres, die caussa enthalten seyn.

Note 6 zum §. 24.

Fast alle Commentatoren oder Compendienschreiber über die Institutionen haben sich bekanntlich darüber den Kopf zerbrochen, warum die Schenkung von der Tradition verschieden sey, und warum sie unter die Römischen Erwerbungsarten, diese letztere hingegen unter die natürlichen gerechnet werde. So lange man freylich annimmt, der Unterschied zwischen Römischen und natürlichen Erwerbungsarten liege darin, ob das Naturrecht sie kenne oder nicht, muß man in Ansehung der zweyten Frage auf Abwege gerathen; so wie in Ansehung der ersten, wenn man glaubt, die caussa praecedens bey der Tradition sey nichts ande-

anders als die Absicht, das Eigenthum auf den Empfänger überzutragen. Man sehe z. B. nur die albernen Ideen, die Herr Höpfner §. 408. recensirt, um sie, wie billig, zu verwerfen, aber auch um den Satz zu begründen, Justinian's Leute hätten einen Fehler begangen. Die meisten bedenken gar nicht, daß es darauf ankommt, zu erklären, nicht, wie aus der versprochenen Schenkung eine Klage entstanden sey, denn dies gehört in die Lehre von den Obligationen; sondern wie die Schenkung ein Eigenthum übergetragen habe, denn nur dies wird bey den ErwerbungsArten abgehandelt. — Gewöhnlich nimmt man die Mancipation zu Hülfe; aber diese war von Cajus wohl schwerlich bloß bey der Schenkung vorgetragen, sondern, wie von Ulpian, als ein allgemeiner Pendant zu der simplen Uebergabe. In dieser Rücksicht haben sie Justinian's Leute wie billig weggelassen; warum sollten sie den Fehler begangen haben, sie erst wieder bey einer besondern Art derselben einzuschalten?

Daß die Schenkung, in so ferne sie eine eigene ErwerbungsArt ist, nicht unter die Tradition gehöre, ergibt sich sehr leicht, sobald man bedenkt, daß vor dieser leztern eine caussa, d. h. eine persönliche Forderung, wirklich vorhergehen mußte. Diese beiden Begebenhei-

ten waren der Zeit nach verschieden; darum heißt es: si iusta caussa *praecesserit*, propter quam traditio *sequeretur*, was sich wahrhaftig von der Absicht, das Eigenthum zu übertragen, die man oft für diese caussa hält, nicht sagen läßt. Die Theorie der Tradition war nicht: Man wird durch Uebertragung des Besitzes Eigenthümer, sobald der andere die Absicht dazu hatte, denn dies würde eben so gut auch von der Schenkung gelten; sondern diese: Man wird durch Tradition Eigenthümer der Sache, die man vorher zu fordern hatte, oder wenn die Uebergabe eine solutio ist. So wird nun niemand die Schenkung, die ohne vorhergehendes Versprechen geschieht, wie z. B. ein Präsent, ein Almosen, für eine Tradition halten, obgleich diejenige dahin gehörte, bey welcher eine Forderung vorherging. Die Schenkung in Gemäßheit einer Stipulation war eine Tradition, so wie es jetzt die Schenkung in Gemäßheit eines jeden Vertrags ist. Der Unterschied zwischen jetzt und ehemals besteht nur darin, daß man leichter sagen kann, in der Ablieferung selbst liegt ein Vertrag, als man sagen konnte, es liegt eine Stipulation darin; und deswegen sind wir jetzt gar nicht mehr daran gewöhnt zu unterscheiden, ob ein Vertrag vorhergegangen sey, oder nicht: denn auch in diesem letzten Falle ergibt er sich aus der

der Ablieferung, und es schadet nichts, daß der Vertrag in dem Augenblick erfüllt wird, in welchem er entsteht. Wir können bey jedem Almosen sagen, es würde eine Klage Statt finden, wenn beide Theile ihren Consens durch andre Handlungen eben so deutlich erklärt hätten, als sie durch die Ablieferung gethan haben, und die Ablieferung selbst, die wirkliche Befriedigung der Klage, wäre nicht geschehen. Ehemahls hingegen hätte bey der Ablieferung stipulirt werden müssen, und dies geschah wohl höchst selten, wenn die Ablieferung sogleich erfolgte.

Warum ist aber die Schenkung eine Römische ErwerbungsArt, d. h. nicht: warum glaubten die Römer, das NaturRecht kenne sie nicht; sondern: warum gab sie das Römische Eigenthum? *) Die größte Schwierigkeit

*) Gegen dieses Kennzeichen der Römischen ErwerbungsArten läßt sich einwenden, daß die Tradition ja auch zuweilen, nähmlich bey einer res nec mancipi, das Römische Eigenthum gegeben habe, und doch in den Institutionen eine natürliche ErwerbungsArt heiße. Daß sie aber auch wirklich unter die Römischen gerechnet ward, ergibt sich aus Ulpian 19. §. 2. und 7. wo augenscheinlich nur Römische ErwerbungsArten vorkommen. Die Tradition war eine Römische

 bey

keit macht mir dabey ein Umstand, der gewöhnlich ganz übersehen wird, nähmlich der, daß Ulpian die Schenkung in einer Enumeration und Abhandlung der Römischen ErwerbungsArten wegläßt. Eben dies zeigt mir aber auch die einzige Spur, wo die Schenkung, in so weit sie keine Mancipation ist, hingehören kann, ohne daß Ulpian, wie ich nicht gerne annehmen möchte, sich einer großen UnterlassungsSünde schuldig gemacht hat. Im §. 17. hat er, wie das velut offenbar zeigt, bey der adquisitio *lege* bloß Beyspiele angegeben, also eine Lücke gelassen, wo das, was er übergangen hat, hin gehören muß. Es ist mir also höchst wahrscheinlich, daß die Schenkung sich auf einen eigenen Volksschluß gründete, und welcher könnte dies seyn, als die lex Cincia? Diese verordnete zwar bey beträchtlichen Geschenken, auch wenn die Sache an sich keine res mancipi war, z. B. bey großen Geldsummen, eine Mancipation; sie durfte aber nur ausdrücklich gesagt haben: bey minder wichtigen Geschenken soll das Eigenthum

bey der res nec mancipi, und eine natürliche bei der res mancipi; den Unterschied beider Sachen durften die Verfasser der Institutionen nicht mehr vortragen, also wählten sie eine von beiden VorstellungsArten. Practisch hatte keine mehr den mindesten Einfluß.

thum übergehen, sobald die Sache abgeliefert ist (sie mag versprochen gewesen seyn, oder nicht); so konnte man die Schenkung unter die Römischen Erwerbungsarten, kraft einer Lex, rechnen [*)].

Note 7. zum §. 24.

Daß jede persönliche Klage condictio geheißen habe, läßt sich wohl nicht behaupten; wenigstens habe ich z. B. nie etwas von einer condictio ex commodato gehört, obgleich jeder Anfänger weiß, daß die actio commodati eine persönliche Klage ist. Nur diejenigen Klagen hießen Condictionen, welche ihrer Natur nach auf ein dare oportere gingen, welche also nicht jedes Herausgeben (tradere) dessen, wovon der Kläger schon Eigenthümer war, sondern eine Uebertragung des Eigenthums bewirken sollten; und deswegen konnte es eine Regel seyn, daß der Eigenthümer seine Sache nicht condicire; eine Regel, die man ganz unbegreiflich falsch ausdrückt, wenn man mit Herrn Höpfner §. 1030. sagt: Ungewöhn-lich

[*) Gegen diese Erklärung, warum die Schenkung eine eigene Römische ErwerbungsArt gewesen sey, ist im dritten Bande der Satz ausgeführt, daß sie keine war.]

lich ist es, daß der Eigenthümer seine Sache mittelst einer PersonalKlage fordert.

Wie viele ContractsKlagen gehen zugleich auf Herausgabe einer Sache, deren Eigenthum, des Contractes ungeachtet, geblieben ist wo es war? oder wer wird behaupten wollen, daß man die geliehene Sache nie mit der actio commodati, die deponirte mit der actio depositi, die verpfändete, vermiethete u. s. w. mit der ContractsKlage fordern könne, sobald man Eigenthümer davon sey? Wer wird in diesem Falle sich immer mit dem letzten Hülfsmittel, nähmlich der Vindication oder der publiciana begnügen, die doch eigentlich beide nur dazu da sind, um auch gegen den, der nicht besonders obligirt ist, sein Eigenthum zu behaupten?

Uebrigens ist freylich in der Materie von den Condictionen noch vieles nicht ganz aufgeklärt. Einige Data zu einer fernern Bearbeitung hat Godefroi in seinem Commentar über den Theodosischen Codex, Band I. S. 112. der Leipziger Edition, gesammelt.

Note 8. zum §. 26.

Der Herr Verfasser hat hier etwas nicht bemerkt, was in der Lehre von der dos gewöhn-

wöhnlich übersehen wird, aber nur um so mehr verdient hätte, hier vorzukommen. Nach dem PandectenRechte bedurfte es zu dem Versprechen einer dos gar nicht immer einer Stipulation; sondern gewisse Personen, die, von welchen die dos sich am ehesten erwarten ließ, wurden auch durch die dictio verbunden, die zwar auch ein VerbalContract war, aber keine vorhergehende Frage von Seiten des zu Berechtigenden, höchst wahrscheinlich, obgleich Heineccius das Gegentheil behauptet, auch keine besondre Annahme, erforderte. Im Justinianischen Rechte trat an die Stelle dieser dictio eine pollicitatio, welche sich dadurch unterschied, daß sie von jedem und nicht bloß mündlich geschehen konnte. Die Geschichte dieser Veränderung ist schon recht gut von Cujas zu Ulpian 6, 1. vorgetragen, in Schulting S. 581. Eben die Stelle, die in den gewöhnlichen Compendien zum Beweise angeführt wird, daß bey der dos schon das Pactum eine Klage bewirke, beweist dies sogar von der Pollicitation, nähmlich *const.* 6. C. 5, 11. wo übrigens schon die Rubrik des Titels: *de dotis promissione et nuda pollicitatione* darauf deutet. Aber nicht einmahl den Nutzen hat also das Citiren nach Rubriken, daß kein Rechtssatz übersehen wird, der schon in der Rubrik enthalten ist!

Note 9 zum §. 27.

Der Ausdruck ist heut zu Tage nicht ungewöhnlich, die Ehe einen Contract zu nennen; besonders im Gegensatze des catholischen Begriffs vom Sacrament der Ehe, hat man schon hundert mahl gesagt, die Ehe der Protestanten sey nichts, als ein bürgerlicher Contract. Indessen brauchen die Römer das Wort Contract davon nie, so wenig als von der Arrogation, von der Emancipation, von der Manumission, und andern Geschäften aus dem ius personarum, bey welchen auch durch den, auf eine bestimmte Art erklärten, Consens Rechte und Pflichten entstehen. Dies war wohl kein bloßer Eigensinn des Römischen Sprachgebrauchs; das Wort Contract bezieht sich auf das Wort obligatio, das heißt, auf eine Forderung und Schuld, die das Mein und Dein betrifft, und die durch Solution getilgt werden soll. Die Handlungen hingegen, welche ein Verhältniß, das ins Personen-Recht gehört, begründen, wie die Ehe und andere, haben keine wesentliche Beziehung auf Mein und Dein: es entstehen zwar Pflichten daraus, aber keine Obligationen, so wie z. B. aus der Ernennung eines Dictators, oder durch andere Handlungen im ius publicum, auch Pflichten entstanden, ohne daß diese je obligationes hießen. Bey diesen Pflichten wird die

die Verbindlichkeit um nichts schwächer, weil ihnen schon nachgelebt worden ist. Eine Frau muß dem Manne um nichts weniger treu seyn, weil sie ihm schon lange treu gewesen ist; man muß der Obrigkeit um nichts weniger gehorchen, weil man ihr schon oft gehorcht hat; hingegen jeder Schuldner wird entweder ganz, oder doch in so weit er erfüllt hat, durch die Erfüllung, von seiner Schuldigkeit befreyt. Wer wird bey einer Ehe oder einem ähnlichen Verhältnisse von einem creditor und debitor sprechen, die doch im allgemeinen Sinne bey jedem Contracte vorkommen? Auch darin unterscheidet sich ein Verhältniß aus dem ius personarum gar merklich von einer obligatio, also ein Geschäft, woraus jenes entsteht, von einem Contract: daß dort nicht wie hier die Rücksicht auf das Ende, auf die Erlöschung des Verhältnisses, wesentlich ist. Eine Ehe könnte ihr Wesen behalten, auch wenn sie ewig währte; eine Forderung nicht: denn die Ehe kann zur Glückseligkeit beytragen, so lange sie noch besteht, und zwar der Regel nach mehr, als wenn sie aufhört; statt daß eine Forderung erst dann nützlich wird, wenn sie durch Leistung dessen, was man schuldig ist, erlöscht. Man wünscht sich eine Frau, um eine Frau zu haben, nicht um Wittwer zu werden; aber einen Schuldner wünscht man

 sich,

sich, um einen Zahler zu bekommen. Der Schuldner, der ewig Schuldner bleiben und gar keinen Theil seiner Schuld (auch die Zinsen nicht) tilgen wollte, würde keinen Gläubiger finden.

Note 10 zum §. 29.

Auch dieser Unterschied zwischen benannten und unbenannten RealContracten ist freylich historisch; und der Herr Verf. hat in so ferne vollkommen Recht, daß man nach der bloßen Natur der Sache nicht auf diese Eintheilung, ganz so wie sie jetzt ist, kommen würde, und daß man das heutige Römische Recht ziemlich gut vortragen könne, ohne ihn zu erklären, wie Domat dies gezeigt hat. Besonders ist es beynahe nicht möglich, eine natürliche Grenzlinie so zu ziehen, daß das precarium zu den unbenannten Contracten kommt. Im Allgemeinen aber ist es doch wohl keine Subtilität, zu sagen: Wenn eine wirkliche Ablieferung oder Leistung eine Verbindlichkeit erst hervorbringt, so geschieht dies auf zweyerley Art; entweder nähmlich ist nur der Empfänger schuldig, die Sache zurückzugeben, oder aber der andre hat das Recht auf ein ganz anderes Geben oder Thun zu klagen, ob ihm gleich die Wahl frey steht, auch dieses Recht aufzugeben und die Zurückgabe zu verlangen.

Der,

Der, welcher etwas gethan hat, von dessen Seite die Erfüllung nicht in einem Geben sondern in einem Thun bestand, muß bes[illegible]mt auf das gegenseitige Versprechen klagen; [illegible]r auch da, wo eine Sache zurückgefordert wird, ist es doch sicher nicht dasselbe, ob dies geschieht, weil gleich anfangs nur dieses ausgemacht und von nichts anderm die Rede war; oder aber deswegen, weil man ein anderes Versprechen fahren läßt. In diesem Falle ist das Zurückfordern ein pis-aller, und der Sprachgebrauch wohl aller Völker wird nur dies Reue nennen, nicht aber sagen, daß der vom Contract abgehe, seine Gesinnung ändere, oder pönitire, der das geliehene Pferd nach Endigung des Gebrauchs, wozu ers gegeben hatte, zurückfordere. So sagt man auch ganz recht, daß heut zu Tage die Reue, der Regel nach, nicht mehr erlaubt sey; ohne daß darum ein Mensch glauben wird, derjenige, welcher ein mutuum, commodatum, depositum und pignus erhalte, dürfe es nun nie wieder zurückgeben. Die Verbindlichkeit zur Zurückgabe ist bey diesen Contracten von ihrer Natur unzertrennlich, und jedes Volk, das diese kennt, wird auch jene annehmen, statt daß dieselbe Zurückgabe bey den unbenannten Contracten nur positiv ist, nicht durch ein Gesetz von oben herab, aber durch Räsonnement und Gerichts-

Ge-

Gebrauch, wie beides auf Rom eingeschränkt war, aufgestellt.

Man kann also wohl sagen: diejenigen RealContracte sind unbenannte, bey welchen entweder ein Thun die Verbindlichkeit bewirkt, oder aber ein Geben gegen eine andre Leistung, welche man aber auch fahren lassen und Zurückgabe fordern darf. Die Reue, welche beym depositum Statt findet, ist doch auch verschieden; man kann sagen, sie bestehe bloß darin, daß der Deponirende nicht an die vorgeschriebene Zeit gebunden ist, sondern daß es ihm frey steht, noch vor ihrem Ablaufe, die Sache selbst in Verwahrung zu nehmen, weil man annimmt, daß das Geschäft bloß dem Gebenden nützlich sey. Dagegen kann auch bey diesem RealContracte am leichtesten der Fall vorkommen, daß der Empfänger selbst auf das Zurücknehmen dringt.

Will man mit dem Herrn V. jedes freywillige Zurücknehmen oder Zurückgeben als gleichbedeutend mit der Reue ansehen, so könnte man noch sagen: ein unbenannter Contract sey der, wo der Empfänger nicht das Recht habe, sich den Contract reuen zu lassen. Wer aus einem benannten Contract was empfängt, darf es immer zurückgeben, und der Andre

wird

wird es gerne nehmen, etwa das depositum ausgenommen; aber da, könnte man sagen, sey die unzeitige Zurückgabe ein dolus oder eine culpa. Hingegen wer aus einem unbenannten Contracte was erhalten hat, darf unaufgefordert bloß von seiner Seite die Verabredung erfüllen, nicht aber dem andern die Zurückgabe aufdringen.

Note 11. zu §. 30.

Dieser Unterschied ist ganz richtig; allein der contractus foenebris wird im Römischen Rechte nicht als ein eigener Contract angesehen, sondern als eine Verbindung, ehemals der Stipulation, nach Justinian zuweilen auch eines bloßen pactum, mit dem Darlehn.

Note 12. zu dems. §.

Daß es einen Unterschied mache, ob der Vermiether die Sache abgeliefert hat, oder nicht, ist klar; denn nur in jenem Falle kann er sie zurückfordern. Aber die Römer sehen beides nicht als verschiedene Contracte, sondern gleichsam nur als verschiedene Stadien eines und desselben Contracts, an, und zwar deswegen, weil hier immer schon vor der Ablieferung eine klagbare Verbindlichkeit Statt findet. Wollte man jeden ConsensualContract zu einem RealContract machen, sobald etwas abge-

abgeliefert ist, was zurückgegeben werden muß; so sehe ich nicht ab, warum man nicht auch zu den RealContracten, die hier aufgestellt sind, sogleich setzen könnte: 7. Societas, wenn ein Socius die Sache abliefert, die nur zum Gebrauche in die Societät kommt; 8. mandatum, wenn dem mandatarius etwas gegeben wird, was er nach verrichtetem Auftrage zurückgibt, z B. ein krankes Pferd, wegen dessen er den CurSchmid consuliren soll; et caetera, et caetera.

Note 13 zum §. 32.

Ich habe schon oben (Note 10) bemerkt, daß sich allerdings kein natürliches (nicht historisches) Kennzeichen angeben lasse, nach welchem das precarium zu den unbenannten Contracten gehörte. Es ist also klar, daß die Römer es gar wohl unter die benannten hätten rechnen und der Klage den Nahmen actio ex precario hätten geben können. Aber eben so klar ist es, daß sie dies nicht gethan haben; und nun fragt sichs nur, sollen wir ihnen ihr System corrigiren, so lange wir nur ihr System vortragen?

Noch zwey Bemerkungen habe ich in Beziehung auf das, was ich oben gesagt habe, zu machen. Einmahl, daß aus dem precarium

eine

eine condictio incerti Statt findet, scheint mir zu zeigen, daß dieses Geschäft nicht immer bloß an das commodatum, sondern auch wohl an das mutuum, zuweilen wohl auch an die Erlaubniß die Früchte einer Sache zu erheben, die sonst bey der locatio conductio vorkommt, grenzen kann. Die condictio weist darauf, daß bey dem precarium auch Eigenthum übergehen könne (s. Note 7); und wie die condictio auch auf etwas erst zu bestimmendes, auf ein incertum gerichtet werden könne, weiß ich mir nicht anders, als mit Hülfe der Früchte zu erklären. Doch gebe ich dies für nicht mehr, als für eine bloße Vermuthung, und ich leugne die Schwierigkeit nicht, die aus *fr.* 1. §. 3. *D.* 43, 26. entsteht.

Zweytens scheint mir die Geschichte der Rechtsmittel aus dem precarium, noch zweifelhaft. Die Idee, daß das Interdict aufkam, so lange und weil keine ordentliche Klage Statt fand, gründet sich auf *fr.* 14. *D.* 43, 26. verglichen mit *fr.* 19. §. 1. und mit Paul V. 6. §. 10. Ich gestehe aber, daß es mir äußerst schwer wird, zu glauben, es sey zu irgend einer Zeit bey den Römern nicht möglich gewesen, eine Sache, die der Besitzer bloß precär von jemand empfangen hatte, von ihm wieder zurück zu bekommen, wenn der Geber nicht sein Eigen-

Eigenthum daran bewies. Ich sollte mit einer persönlichen Klage haben durchkommen können, wenn ich etwas zu einem bestimmten Gebrauch weggeliehen hatte, aber wenn der Gebrauch unbestimmt und bloß von der Willkühr des Gebers abhängig war, dann wäre eine Real-Klage nöthig gewesen?

Ist es nicht viel natürlicher, zu sagen, der precario dans habe noch mehr Rechte, als der commodans? Wenigstens ward jenem durch das Interdict viel schneller geholfen, und es ist doch nicht dem natürlichen Gange der Dinge gemäß, daß auch hier die Ersten die Letzten würden, und daß einer, der gar kein Rechtsmittel hatte, nicht nur ein eben so gutes, sondern noch ein weit besseres bekommen sollte, als der andre. Mehrere Schwierigkeiten sind noch bei Schulting S. 461 erörtert oder doch angeführt.

Ich unternehme es nicht, diese alle zu lösen, denn vielleicht entstehen sie zum Theil aus Veränderungen unserer Quellen, wenigstens scheinen Dinge dabey gewirkt zu haben, die weder für die Gothischen noch für die NeuRömischen Compilatoren practisch, vielleicht auch nicht einmahl ganz verständlich waren. Bekanntlich gab, im ältern Römischen Processe,

das

das Römische Eigenthum ein sehr schnelles Rechtsmittel gegen jeden Besitzer, die rei vindicatio, bey welcher sogleich vindiciae gegeben, d. h. ein Theil in den Besitz gesetzt und nur zu einer Prätorischen Stipulation angehalten ward, über die nachher eine Action, d. h. ein Verfahren vor den Geschwornen (dem iudex pedaneus) Statt fand. Hingegen das natürliche Eigenthum bewirkte lange gar keine Klage gegen den, der nicht besonders obligirt war; und diese war doch, so wie nachher die, welche gegen den, der ein schwächeres Recht hatte, eingeführt ward (die publiciana in rem actio), nur eine wahre Action, immer ein Verfahren vor dem iudex. In der Folge ward nun auf den Fall, daß jemand den Gebrauch einer Sache bloß precär eingeräumt hatte, wo also das Recht des Besitzers äußerst schwach war, auch bey dem natürlichen Eigenthume ein schnelles Verfahren vor dem magistratus selbst, ein Interdict, eingeführt. Man kann dies also wie eine Art Ausdehnung des Vindications Processes auf das natürliche Eigenthum, ansehen; und auch darin zeigt sich eine Aehnlichkeit, daß in diesem Interdicte, so wie bey Real Klagen, nur der dolus und die ihm gleichgesetzte culpa vergütet wird. *fr*. 8. §. 3. *D*. 43, 26.

Note 14. zum §. 33.

Mir scheint das receptum nur eine Modification anderer RechtsGeschäfte. Die strengere Verbindlichkeit macht es nicht nothwendig zu einem neuen Contracte, sonst müßte das depositum miserabile auch ein eigener Contract seyn, weil da derjenige, welcher es ableugnet, nicht bloß einfach, wie ein anderer depositarius, sondern doppelt, ersetzen muß. Auch der eigene Nahme macht es nicht aus, denn sonst wäre ja das Sequester, aus welchem die Klage einige mahle actio sequestraria genannt wird, auch ein Contract für sich. Ich wiederhole übrigens, daß ich gar nicht läugne, alle diese Modificationen anderer Contracte hätten auch als eigene Contracte angesehen werden können; aber daraus folgt nicht, daß sie wirklich so angesehen wurden.

XIX.

Herr GJRath Heyne über die Ehrenbezeugungen, welche den Römischen Rechtsgelehrten unter den Kaisern wiederfuhren.

(S. 477—485.)

XX.

Neue civilistische Collegien in Göttingen.

1790 und 1791.

Bey allen Abweichungen von dem ehemals und noch jetzt gewöhnlichen Gange, ist es unnachläßliche Pflicht, sie durch Gründe zu rechtfertigen; aber es ist auch sehr rathsam, noch außerdem wo möglich durch Autoritäten zu zeigen, theils daß von jeher allgemein geachtete Männer diese oder ähnliche Neuerungen vorgeschlagen haben, theils daß auch jetzt

 noch

noch mehrere wirklich daran arbeiten. Je zahlreicher und wichtiger die in der Sache selbst liegenden Gründe, die Nahmen unserer Vorgänger, und die entsprechenden Bemühungen unserer Zeitgenossen sind; desto eher läßt sich hoffen, daß eine Reform, sie sey groß oder klein, gedeihen werde, gegen die man doch immer, und gewissermaßen auch mit Recht, mißtrauisch ist, so lange sie nur eine dieser drey Empfehlungen für sich hat, oder so lange auch nur eine von diesen dreyen gänzlich fehlt. Die Gründe könnten ja Sophismen seyn, oder durch Gegengründe, die man nicht kennt, aufgewogen werden, warum wäre sonst niemand darauf gekommen? — die Vorschläge der Alten könnten nicht mehr auf unsre Zeiten passen, das, was bey ihnen anging, wäre bey uns "nur unter allerley kühnen und idealischen „Subsumtionen von Talent, Ausdauerung, „Vorkenntnissen u.d.gl. anwendbar *);"—und die Thätigkeit der Neuern könnte endlich vielleicht aus einem vorübergehenden Schwindel, oder aus dem Einflusse der Mode, erklärt werden. Alle diese Einwendungen, oder alle diese ungünstigen Vorurtheile fallen weg, wenn bey irgend etwas die Gründe, die Zeugnisse und die Erfahrungen so einmüthig eine Neuerung unter-

*) G. A. 1791. S. 1081.

unterstützen, wie dies bey den Veränderungen der civilistischen Methode der Fall ist.

Mannichfaltige Gründe habe ich meinen Lesern schon genug theils mit meinen eigenen theils mit den Worten eines **Leibnitz**, **Pütter**, **Leyser**, **Schlosser** und anderer angeführt, deren Nahmen ebenfalls schon genug beweisen, welchen Autoritäten ich folge. In dem gegenwärtigen Aufsatze kann ich mir nun auch das Vergnügen machen, zu zeigen, wie viele meiner nächsten Collegen in der Hauptsache, nähmlich in dem anerkannten Bedürfnisse einer Veränderung, und eines systematischen Vortrags, mit mir übereinstimmen. Niemand wird wohl erwarten, daß ich diesen Beweis anders als aus gedruckten Nachrichten führen sollte; aber auch nur die Zusammenstellung der ganz neuen oder doch, so viel man aus dem Nähmen urtheilen kann, ganz umgearbeiteten Collegien über das Römische Recht, aus den LectionsCatalogen zweyer Jahre muß Stoff zu mancher, sowohl dem Freunde unserer Universität als dem Freunde einer bessern Methode höchst angenehmen Vergleichung, geben. Auch ohne alle Rücksicht auf meine eigenen Vorlesungen, von welchen ich oben ausführliche Nachricht gegeben habe, zweifle ich sehr, ob auf irgend einer Universi-

tät, und ob selbst irgend einmahl in Göttingen ein so kurzer Zeitraum so viele Beweise von Thätigkeit in civilistischen Verbesserungen aufgestellt habe. [Um hier nur das anzuführen, was sich noch jetzt in unsern LectionsCatalogen findet, so kündigte Herr Hofrath Waldeck seit Michaelis 1790 alle Winter und seit Ostern 1797 alle Sommer ein kurzes System des heutigen CivilRechts an, Herr Hofrath Meister seit Ostern 1790 alle Sommer und seit Michaelis 1797 alle Winter die Pandecten nach Böhmer, aber nur in Einer Stunde täglich und in systematischer Ordnung. Das Collegium über den kleinen Struv war noch 1789 von zwey Professoren angekündigt worden.]

XXI.

Recensionen

des Verfassers

in den Göttingischen Anzeigen 1790.

(S. 490—521.)

Zwey Beantwortungen von AntiCritiken

Gedruckt bei Johann Friedrich Starcke.

tät, und ob selbst irgend einmahl in Göttingen ein so kurzer Zeitraum so viele Beweise von Thätigkeit in civilistischen Verbesserungen aufgestellt habe. [Um hier nur das anzuführen, was sich noch jetzt in unsern LectionsCatalogen findet, so kündigte Herr Hofrath **Waldeck** seit Michaelis 1790 alle Winter und seit Ostern 1797 alle Sommer ein kurzes System des heutigen CivilRechts an, Herr Hofrath **Meister** seit Ostern 1790 alle Sommer und seit Michaelis 1797 alle Winter die Pandecten nach Böhmer, aber nur in Einer Stunde täglich und in systematischer Ordnung. Das Collegium über den kleinen Struv war noch 1789 von zwey Professoren angekündigt worden.]

XXI.

Recensionen

des Verfassers

in den Göttingischen Anzeigen 1790.

(S. 490—521.)

Zwey Beantwortungen von AntiCritiken

Gedruckt bei Johann Friedrich Starcke.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hugo, Gustav, 1764-1844

Civilistisches Magazin

Bd.: 1

Berlin 1823

Jur.is. 94 r-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10740281-0
VD18 15474437-001